DIREITO COMMERCIAL

DO MOMENTO DA FORMAÇÃO

DOS

CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA

ENSAIO

POR

Alcantara Machado

ACADEMICO DE DIREITO

SÃO PAULO

TYPOGRAPHIA DA COMPANHIA INDUSTRIAL DE SÃO PAULO

1892

A Mens Pais

O Snr. Dr. Brazilio Machado, lente de direito commercial na Faculdade de Direito de S. Paulo, propoz ao estudo de seus alumnos, no anno lectivo de 1892, a seguinte these:

—Do momento da formação dos contractos por correspondencia.

Entre os trabalhos que concorreram, e que foram submettidos ao esclarecido parecer do notavel lente de nossa Faculdade, o Exm. Snr. Dr. Antonio Januario Pinto Ferraz, foi escolhido o de n. 38, o meu, para ser publicado.

Eis a razão deste opusculo.

E' um primeiro ensaio, cheio sem duvida de incertezas e que não viria á imprensa, si eu pudesse declinar do premio offerecido.

Basta a idade do autor (*) *para desculpar a mediocridade da obra e justificar a benevolencia dos que a lêrem.*

S. Paulo, Novembro de 1892.

José de Alcantara Machado d'Oliveira.

(*) Nasceu em Piracicaba (S. Paulo), aos 19 de Outubro de 1875.

CARTA

S. Paulo, 21 de Outubro de 1892.

Illm. Exm. Snr. Dr. Brazilio Machado.

De todas as dissertações que, com algum cuidado, examinei, a que mais agradou-me, já pela segurança dos assertos, já pelo acerto da doutrina juridica, já, finalmente, pela adaptação dos conceitos legaes invocados, foi a que traz o n. 38; muito embora reconheça em algumas outras——estudo e aproveitamento.

Permitta-me, antes de terminar, que agradeça a escolha de meu nome para julgar os trabalhos de direito mercantil apresentados pelos discipulos de V. Exc.; o que devo attribuir mais á generosidade do coração de V. Exc., do que á minha competencia para desempenhar tão honroso encargo.

Collega e velho amigo de V. Exc.,

A. J. Pinto Ferraz.

INTRODUCÇÃO

Quoi de plus intéressant pour le jurisconsulte que l'étude du consentement, c'est—à—dire, de la volonté libre de l'individu ?

GIRAULT—pag. 3.

1. Materia importantissima pela rede de principios juridicos que á ella se prende, e pelas variadas e interessantes questões praticas que della decorrem, a doutrina da formação dos contractos por correspondencia merece e exige um desenvolvimento que não comportam os acanhados limites deste ensaio.

Si essa reconhecida importancia sufficiente não fosse para instigar o nosso estimulo, mais esse estudo nos provocaria a attenção, pela escassez de monographias a respeito. Na verdade, embora aquella especie de obrigações convencionaes fosse estudada desde Casaregis e Grotius, no entanto, nenhuma obra de direito commercial della tem-se occupado detida e devidamente.

De mais, novos meios de formação de vinculos contractuaes nos são fornecidos pelas assombrosas invenções da sciencia da electricidade: o telegrapho, o telephone, o phonographo vêm recuar mais as barreiras da correspondencia: e regras inda não analysadas, principios até agora incompletamente explorados, derivam de cada uma dessas descobertas applicadas á formação de contractos *inter absentes*.

2. O consentimento, requisito substancial para a perfeição juridica do contracto, não está sujeito em sua manifestação a regras predeterminadas, prefixadas pelo legislador, a fóra as fórmas solemnes consagradas pelas disposições da lei. E assim o contracto, convenção juridicamente efficaz para crear uma obrigação, (1) é reconhecido capaz de engendrar-se, quer expressamente, pela palavra, pelo gesto, pela escripta, quer tacitamente, proclamada, como está, a configuração juridica do silencio.

E' entre os contractos expressos *inter absentes* que se faz mister capitular aquelles que constituem o objecto de nosso estudo.

3. Girault, o tratadista mais moderno dos que deste assumpto teem-se occupado, assignala como causas do apparecer e incremento que assume agora esse genero de contractos, factos de ordem juridica e phenomenos de ordem economica.

O primeiro delles é o desapparecimento do formalismo e symbolismo primitivos, é a idealisação do direito de hoje oppondo-se ao direito de hontem materialisado, concepção antiga que tão sensivelmente cerceava o impulso das relações civis e commerciaes, impedindo-as *inter absentes*, pois solemnidades eram exigidas que só presentes podiam realizar.

Outra causa não menos importante vem-se juntar á precedente: as grandes feiras da antiguidade, á excepção da de Nijni Novogorod, foram decahindo na razão directa do desenvolvimento das relações de commercio. Essas reuniões constituiam o ponto de encontro dos negociantes, e nellas dava-se ensejo para a formação de obrigações.

Além das razões precedentes accresce a seguinte: o commercio internacional tem tido um progresso cada dia mais crescente. E frequentemente cruzam-se relações de negocio entre commerciantes de paizes longinquos, transacções incessantemente renovadas e reatadas pela correspondencia.

Nota em ultimo logar Girault, citando cifras comprobativas quanto á França, a impulsão constante da propria correspondencia (2), originada do aperfeiçoamento dos meios

(1) *Giorgi*. Teoria delle obbligaz. nel dir. mod. italiano, vol. III. n. 5.

(2) Em relação ao Estado de S. Paulo pudemos colher os seguintes dados, relativos unicamente ao movimento dos correios. Baseamo-nos no relatorio de 1891 e no da Commissão Geral de Estatistica da Provincia (1888):

	1877—1878	1886—1887	1891—1892	Diff. para mais
Receita	167:422$000	438:753$503	796:773$475	629:351$475
Despeza	183:918$556	332:048$307	664:376$553	480:457$997
Sellos, cartões postaes, etc	151:428$380	397:903$980	816:996$290	665:567$910
Registros da capital		35.542 objectos	78.140 objectos	42.598 objectos
Agencias existentes		232	317	85

Os deficientes dados que nos fornecem a nossa pobre e descurada estatistica não permittem consignar o numero da correspondencia recebida e expedida pela Administração do Correio do Estado; mas por aquelle quadro comparativo apprehende-se o seu incremento.

de transporte, do notavel augmento de redes telegraphicas, do abaixamento da taxa de sellos e de telegrammas, e principalmente, segundo entendemos, do derramamento da instrucção, cujo estado rudimentar nos tempos antigos constituiu uma das causas de formação de feiras que eram na verdade geralmente frequentadas por negociantes ignorantes e que por consequencia não se podiam corresponder.

4. A doutrina dos contractos por correspondencia gira em torno á questão de saber-se o momento de sua obrigatoriedade. Esse ponto que tanto tem preoccupado os Jurisconsultos, constitue o objecto capital de nosso trabalho. É obvia a razão. A nossa these inscreve-se: Da formação dos contractos por correspondencia no direito commercial, e, pois, só estão nella comprehendidas as questões que referem-se essencialmente á geração d'aquellas obrigações convencionaes: ora todos esses problemas são absorvidos pela perenne duvida sobre o instante em que o contracto deva ser reputado perfeito. Della dependem effectivamente:

a)—a determinação do logar;

b)—a competencia da autoridade judiciaria;

c)—a lei ou usos que devam regular a formação e os effeitos do contracto;

d)—o momento depois do qual fica a cousa a risco do novo proprietario.

5. Dividimos este ensaio em duas partes: n'uma esploraremos a questão por direito romano, fonte do direito brazileiro, n'outra della trataremos por direito moderno. A «Parte Primeira» está subdividida em dous capitulos: Da

possibilidade de contractar por correspondencia perante o direito romano;—Do momento da formação dos contractos por correspondencia perante o direito romano.

A «Parte Segunda» diz respeito ao direito moderno, brazileiro e estrangeiro, e comprehende trez capitulos: Meios de contractar por correspondencia, onde trataremos ligeiramente do telegrapho, telephone e phonographo; Momento da formação—doutrina; Momento da obrigatoriedade—legislação.

Um pequeno appendice emfim mostrará alguns dos effeitos da resolução da these proposta, atravez os principios da escola por nós adoptada.

6. Pouco, bem pouco numerosos são os que desta materia se teem occupado em monographias especiaes. A obra que de mais nos servio no confeccionamento do presente ensaio foi o *Traité des Contrats par correspondance*, por A. Girault: é o trabalho mais completo e melhor inspirado que sobre a questão temos consultado. Citaremos mais:

—E. Hepp, De la Correspondance Privée, Postale ou Télégraphique, 1864.

—Serafini, Il telegrapho in relazione alla giurisprudenza, 1862.

—Serafini, Scritti Germanici, dissert. 1.ª.

—R. Rousseau, Traité théorique el pratique de la correspondance par lettres missives el télégrammes, 1876.

—Charles Darquer, Des contrats par correspondance, 1885.

—Kruttge, De negotiis inter absentes per epistolas contrahendis.

—Litten, Quo tempore pactum intes absentes propositum perfici videatur.

—Wurth, Des principes de droit qui régissent les lettres missives et les télégrammes.

—Vidari, Del momento in cui un contratto fra assenti si ha da ritenere perfetto. Giornale dalle leggi, I, 98 e IV, 36.

—Ferdin. Bianchi, I contratti conclusi per telefono, 1888.

—Regnoli, Della perfezione dei contratti fra assenti.

—Supino, Archivio Giuridico, XIII, pg. 550.

—A. Robert. Des contrats par correspondance.

PARTE PRIMEIRA

DOS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA PERANTE O DIREITO ROMANO

CAPITULO I

DA POSSIBILIDADE DE CONTRACTAR POR CORRESPONDENCIA EM DIREITO ROMANO

8. A historia do direito em Roma concretisa-se na luta entre o rigor do *jussum*, mysterioso e inflexivel, e a equidade do *jus gentium*, em cujo seio germinava embryonaria a concepção moderna da *universalidade* pela supplantação das *nacionalidades*.

A lei é uma vegetação de costumes, disse Henri Beaune; (3) e é natural portanto que nas normas juridicas de Roma, a conquistadora, se materialisasse o austero genio batalhador dos *cives*, engendrando a vigorosa rudeza do jus civile. Roma, porém, como todos os povos não poude furtar-se á lei da historia que é a lei da vida: em seu isolamento orgulhoso procurasse embora desenvolver o seu organismo *de dentro para fóra*, ella não o conseguio porque só o consegue um cadaver (4). Para realisar o seu brilhante destino na historia da humanidade e da lei—foi necessario tecer convivencia com as demais nações, tramar commercio com os outros povos, commercio que é um direito e um dever: desde que não exercido passa a ser um crime, porque a lei suprema da historia é a communhão (5). Foi então que o direito, revestindo-se das normas da razão, apoiado na equidade e derivando da moral, levantou-se na lei e nas *responsæ*, nas *constitutiones* e nos *edicta*, cimen-

(3) Droit Coutumier Français.
(4) Ihering, L'Esprit du Droit Romain, Introduction.
(5) Ihering, op. cit.

tando a ultima supremacía de Roma, supremacía eterna, porque é a supremacía do direito.

Começado o convivio internacional, começam o desenvolvimento do commercio e os progressos da civilisação.

9. Parece já destruida em seus fundamentos a opinião antiga que os Romanos, tendo em desprezo a arte commercial, abandonavam-n'a enxovalhada aos libertos e aos povos conquistados. Si assim era, pergunta Carnazza, (6)—porque essa magistratura especial, *cum imperio*, que por certo não seria estabelecida só para regular relações entre escravos e libertos? Porque essa abundantissima fonte de edictos, essas refórmas liberaes do velho direito quiritario, do inflexivel e formalista *summum jus?* E o direito commercial dia a dia se desenvolvia.

Não é pois de extranhar que, sendo o contracto para o commercio o que o commercio é para a propriedade, encontremos a legislação contractual romana em progresso relativamente notavel. Surgem normas geradas pelo costume e limadas pela razão: estabelecem-se, entre outras disposições, a solidariedade presumida das obrigações, a presumpção juridica de sua onerosidade.

10. Justiniano, nas Institutas, III, 13, 2, procurando rebuscar as fontes das obrigações, estatue que ellas derivam *ex contractu*... D'ahi o contracto como fonte de obrigações. Mas o que é contracto? Responde-nos o antigo direito civil: uma convenção sanccionada pela lei, formando uma obrigação que é acompanhada d'uma acção,—pacto só reconhecido desde que o accordo de vontades que elle representa manifeste-se por fórmas solemnes preestabelecidas.

11. A celebrada Lei das XII Taboas parece sómente consagrar os contractos presos á *mancipatio* e á cessão judicial,—o *nexum*, o *vadimonium* e a *dotis dictio*. (7) O direito

(6) Gabriello Carnazza: Il diritto commerciale dei romani, pg. 39.

(7) *Muirhead*, Storia del diritto romano, pg. 163. O *nexum* era o acto pelo qual o emprestimo ficava sob a garantia do Estado, ou melhor o emprestimo que, realisado debaixo de certas formalidades, era sanccionado pelo direito quiritario. O *vadimonium*, regulado tambem pela Lei das XII Taboas (Gell. XVI, 10) era a primitiva fórma da caução. Outro contracto, igualmente previsto naquella Lei, era a *dotis dictio*, promessa solemne de dote feita pela mulher ou pelo pae, obrigatoria perante a lei, desde que cumpridas certas solemnidades, com palavras sacramentaes, presença do marido, etc. (Cuq, Les Institutions juridiques des Romains, pg. 231). Esses contractos evidentemente não se contraem entre ausentes.

romano logo reconheceu que as consequencias contractuaes ou quasi contractuaes dessas figuras juridicas não bastavam para as necessidades crescentes da vida civil e commercial. O nexum, expressão mais geral da mancipação, (8) adaptado a todos os contractos da Roma primitiva, desdobrou-se numa nova especie *stipulatio, sponsio*, comprehendida sob o nome de convenções *verbis*: para a geração do vinculo obrigatorio concorria tão somente a pronunciação de palavras certas e determinadas. Outro ramo destacou-se do nexum quiritario para engendrar os contractos *litteris*, os *nomina transcripticia* de Gaio. Os contractos reaes—*in re*, e consensuaes, *solo consensu*, só depois surgiram. Vamos, aprofundando estas ligeiras noções, procurar saber que convenções eram susceptives de ser contrahidas entre ausentes e si é possivel affirmar a possibilidade de contractar por correspondencia no direito romano.

12. Em que consistem os contractos *verbis?* Podem ser contrahidos por correspondencia?

Essas convenções eram, como as outras, formadas de um accordo de vontades, accordo que só tinha efficacia juridica quando manifestado por *certa* ou *solemnia verba*. A sua applicação principal e a unica de que trata o direito justinianeo, é a *stipulatio:* esta se gera (Inst. III, 15 pr.) por uma interrogação e uma resposta oraes e solemnes, desde que haja entre ellas continuidade e conformidade. Da pergunta e replica primitivas—*spondes?—spondeo*,—nasceu a sua primitiva denominação—*sponsio*.—Essas palavras, do *jus civilis* e em consequencia—dos *quirites*, foi successivamente substituida por outras do *jus gentium*, como—*dabis-ne? dabo*, e outras. É evidente, que uma *stipulatio* não se póde vincular entre ausentes,—pois a pronunciação das palavras legaes exige a presença das partes. Claramente o determinou Justiniano, na Instit., III, tit. 18, § 12,—*Verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*,—opinião tirada de Gaio Comm. § 138,—*etsi verbis obligatio cum absente contrahi non potest*,—e confirmada por Ulpiano no Dig. l. 45, t. 1.º, fr. 1, pr.— ..*neque infans stipulationem contrahere possunt, neque absens quidem*,—e no Dig. 45 t. 2, fr. 8—... *nam si duo rei facti sint, cum qui absens fuit, non teneri.* Essa mesma impossibilidade continuou ainda depois da constituição de Leão (Cod. repet. præl., VIII, t. 38, l. 10); foram abo-

(8) Ortolan, Institutes de Justinien. I, n. 216.

lidas as *solemnia verba*, mas a pronunciação das palavras denunciando um accordo continuou a vigorar.

Em consequencia: *inter absentes* era impossivel contractar *verbis*.

13. Deducção semelhante não é licito tirar em relação aos contractos *litteris*.

Os romanos, por força das circumstancias impostas pela lei, pelos costumes ou por seus proprios interesses, assentavam em registros especiaes o movimento de suas fortunas. O primeiro delles, que corresponde ao livro—*borrador* de hoje, era chamado *adversaria*: ahi lançavam elles a receita e a despeza quotidianas. Esse livro, porém, nenhuma força de prova tinha em juizo. O outro, o *Codex expensi et accepti* ou *tabulæ*, parece ter-se transformado no actual livro-caixa: tinha força probante nas relações entre particulares, efficacia que podia ser combatida pela exhibição do *codex* da parte contraria (9). A principio este ultimo registro não tinha outro caracter que o de um meio de prova; no entanto, nessa escripturação privada acharam os romanos um modo indirecto de contractar, fazendo do simples registro duma convenção—gerar-se o contracto *litteris*. Como diz Ihering, puramente declarativo outr'ora, o *codex* nada mais fazia que reconhecer uma obrigação já existente: mas esse reconhecimento não sendo susceptivel de infirmação, tornou-se, á semelhança da sentença judiciaria, um verdadeiro acto constitutivo. O contracto nascido assume a denominação juridica de *expensiliatio* Quando as inscripções não passavam de documentos probantes, tomavam o nome de *arcaria nomina*, quando fontes de contractos *transcriptiones*, *nomina transcripticia*.

14. Os contractos *litteris* podiam-se formar *inter absentes*, não só porque, para completar a sua configuração, concorria unicamente a inscripção da obrigação no livro do *creditor*, consentida pelo devedor, e em consequencia exequivel entre ausentes,—como ainda expressamente o declara Gaio—*absenti expensum ferri potest* (10). Desse facto, porém, não se tire a precipitada conclusão—que elles pudessem ser vinculados por correspondencia. Muito embora os preliminares

(9) Em caso de conformidade entre o *codex* do credor e o do devedor desapparece a duvida; em caso contrario, deve merecer fé o do *creditor*.
(10) Com. III, § 138.—Cpr. Inst. l. 3.º, t. 19, § 12.

da convenção *litteris* se firmassem por intermedio duma epistola ou dum mensageiro, essa circumstancia não póde por direito romano gerar o vinculo contractual.

A *expensiliatio*, portanto, póde ser travada entre ausentes, o que não importa a capacidade de ser possivel por correspondencia.

15. Claramente transparece no desenvolvimento posterior dos contractos reaes, *in re*, a influencia das relações de commercio impulsionando o direito pretoriano a reformas liberaes pelo afastamento do *jus civile*. Na verdade, ao passo que o formalismo antigo conserva-se nas *solemnia verba* e nas *transcriptiones*, transfigura-se na sobriedade de formulas de que se reveste a formação das duas ultimas especies de contractos.

Os reaes engendram-se pela translação da propriedade, como o *pignus* o *commodatum*, o *mutuum*, o *depositum*, onde ha a convenção acompanhada dum acto positivo, *aliquid datum aut factum*. Os consensuaes — *consensu* — exigem apenas uma indeterminada exteriorisação do acto interno da vontade contractante: taes são a *emptio-venditio*, a *societas*, o *mandatum*, a *locatio conductio* (11).

Um e outro eram realisaveis entre ausentes. A tradicção da cousa nos pactos *in re* se poderia fazer ou por intermedio dum mensageiro ou porque a parte contractante, o *creditor*, já tenha em suas mãos a cousa, objecto da obrigação contractual. Evidentemente, porém, os contractos reaes não são geraveis por epistolas. Nos consensuaes nenhuma formalidade intervinha. O consentimento não se materializava, não batia primeiro aos sentidos por modo previsto pela lei, para depois tomar configuração juridica efficaz: a simples vontade bastava para gerar o vinculo. Desde que despida de todo o formalismo, esta era a unica modalidade de contractos, capaz de ser gerada *inter absentes* por correspondencia.

O que affirmamos, nol-o diz o Dig. l. 44, tit. 7, 2 § 2—*Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam vel per nuncium*—disposição esta identica á Inst. l. 3, tit. 22, á lei 1.ª § 2.ª do Dig. l. 18. tit. 1.º *Decontr. empt. (inter absentes contrahi potest et per nuncium et per litteras)*; á lei 1 § 1.º do Dig. l. 17 tit. 1 *(Ideo per*

(11) Dig. 44 tit. 7, 2 pr.

lidas as *solemnia verba*, mas a pronunciação das palavras denunciando um accordo continuou a vigorar.

Em consequencia: *inter absentes* era impossivel contractar *verbis*.

13. Deducção semelhante não é licito tirar em relação aos contractos *litteris*.

Os romanos, por força das circumstancias impostas pela lei, pelos costumes ou por seus proprios interesses, assentavam em registros especiaes o movimento de suas fortunas. O primeiro delles, que corresponde ao livro—*borrador* de hoje, era chamado *adversaria*: ahi lançavam elles a receita e a despeza quotidianas. Esse livro, porém, nenhuma força de prova tinha em juizo. O outro, o *Codex expensi et accepti* ou *tabulæ*, parece ter-se transformado no actual livro-caixa: tinha força probante nas relações entre particulares, efficacia que podia ser combatida pela exhibição do *codex* da parte contraria (9). A principio este ultimo registro não tinha outro caracter que o de um meio de prova; no entanto, nessa escripturação privada acharam os romanos um modo indirecto de contractar, fazendo do simples registro duma convenção—gerar-se o contracto *litteris*. Como diz Ihering, puramente declarativo outr'ora, o *codex* nada mais fazia que reconhecer uma obrigação já existente: mas esse reconhecimento não sendo susceptivel de infirmação, tornou-se, á semelhança da sentença judiciaria, um verdadeiro acto constitutivo. O contracto nascido assume a denominação juridica de *expensiliatio* Quando as inscripções não passavam de documentos probantes, tomavam o nome de *arcaria nomina*, quando fontes de contractos *transcriptiones*, *nomina transcripticia*.

14. Os contractos *litteris* podiam-se formar *inter absentes*, não só porque, para completar a sua configuração, concorria unicamente a inscripção da obrigação no livro do *creditor*, consentida pelo devedor, e em consequencia exequivel entre ausentes,—como ainda expressamente o declara Gaio—*absenti expensum ferri potest* (10). Desse facto, porém, não se tire a precipitada conclusão—que elles pudessem ser vinculados por correspondencia. Muito embora os preliminares

(9) Em caso de conformidade entre o *codex* do credor e o do devedor desapparece a duvida; em caso contrario, deve merecer fé o do *creditor*.
(10) Com. III, § 138—Cpr. Inst. l. 3.º, t. 19, § 12.

da convenção *litteris* se firmassem por intermedio duma epistola ou dum mensageiro, essa circumstancia não póde por direito romano gerar o vinculo contractual.

A *expensiliatio*, portanto, póde ser travada entre ausentes, o que não importa a capacidade de ser possivel por correspondencia.

15. Claramente transparece no desenvolvimento posterior dos contractos reaes, *in re*, a influencia das relações de commercio impulsionando o direito pretoriano a reformas liberaes pelo afastamento do *jus civile*. Na verdade, ao passo que o formalismo antigo conserva-se nas *solemnia verba* e nas *transcriptiones*, transfigura-se na sobriedade de formulas de que se reveste a formação das duas ultimas especies de contractos.

Os reaes engendram-se pela translação da propriedade, como o *pignus* o *commodatum*, o *mutuum*, o *depositum*, onde ha a convenção acompanhada dum acto positivo, *aliquid datum aut factum*. Os consensuaes — *consensu* — exigem apenas uma indeterminada exteriorisação do acto interno da vontade contractante: taes são a *emptio-venditio*, a *societas*, o *mandatum*, a *locatio conductio* (11).

Um e outro eram realisaveis entre ausentes. A tradicção da cousa nos pactos *in re* se poderia fazer ou por intermedio dum mensageiro ou porque a parte contractante, o *creditor*, já tenha em suas mãos a cousa, objecto da obrigação contractual. Evidentemente, porém, os contractos reaes não são geraveis por epistolas. Nos consensuaes nenhuma formalidade intervinha. O consentimento não se materializava, não batia primeiro aos sentidos por modo previsto pela lei, para depois tomar configuração juridica efficaz: a simples vontade bastava para gerar o vinculo. Desde que despida de todo o formalismo, esta era a unica modalidade de contractos, capaz de ser gerada *inter absentes* por correspondencia.

O que affirmamos, nol-o diz o Dig. l. 44, tit. 7, 2 § 2—*Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam vel per nuncium*—disposição esta identica á Inst. l. 3, tit. 22, á lei 1.ª § 2.ª do Dig. l. 18. tit. 1.º *Decontr. empt. (inter absentes contrahi potest et per nuncium et per litteras)*; á lei 1 § 1.º do Dig. l. 17 tit. 1 *(Ideo per*

(11) Dig. 44 tit. 7, 2 pr.

nuncium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest) e finalmente ao fragmento 4.º do D. l. 17, 2 — *Pro socio.*

16. Nenhuma norma especial encontramos na materia dos contractos por correspondencia. Apenas vemos a epistola equiparada ao *nuncius*, as consequencias d'aquella niveladas aos effeitos do ultimo—ou, como diz Cujaccio, — *epistola est tacitus nuncius, ut nuncius est epistola loquens* (12). O nuncio representa simplesmente o papel de portador da vontade, um meio de correspondencia, e o contracto formado por seu intermedio é um perfeito contracto entre ausentes: contracto entre presentes, no entanto é aquelle que o mandatario firma em nome do mandante. Ahi scinde-se a differença entre um e outro.

17. Das ligeiras linhas em que procuramos traçar o desenvolvimento do direito contractual romano, desde o *nexum* symbolico até o reconhecimento da força obrigatoria dos contractos consensuaes,—apanhemos duas deducções:

—Á excepção do contracto *verbis* todas as trez outras classes de convenções do direito romano moderno se podiam concluir—*inter absentes*.

—Á excepção do contracto *consensu*, nenhum mais podia ser formado por correspondencia.

CAPITULO II

DO MOMENTO DA FORMAÇÃO DOS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA EM DIREITO ROMANO

18. Tudo o que se tem pretendido levantar sobre esta questão, não póde ser seriamente admittido, pois que nenhum auctor cita-nos um texto, ao menos que robusteça a sua supposição. Os jurisconsultos romanos que, a par de tantas difficuldades importantes, aprofundaram problemas futeis e pueris, não se sentiram tentados pela belleza da materia que exploramos. Somos pois, da opinião de Girault (13)—as doutrinas trabalhadas em direito romano, nada mais são que meras opiniões conjecturaes.

19. Um conhecido tratadista de direito romano, Maynz (Cours de droit romain, l. 2, § 200, nota 11), depois de

(12) Sobre a lei 2, Dig.—*de obl. et act.*
(13) Traité des contrats por correspondance, n. 21.

confessar que os textos não o autorizam *(sic)* a resolver *in terminis* a questão proposta,—accrescenta, no entretanto, que parece-lhe ser o momento da obrigatoriedade aquelle em que o pollicitante recebe a resposta de acceitação. E para firmar a sua doutrina indica duas leis do digesto, a primeira lei 15 do l. 17, tit. 1.º, a outra do l. 18, tit. 6.º in fine. A segunda citação é uma citação intrusa: bastará ler a lei cit. para convencer-nos de sua inapplicabilidade á questão debatida (14).

A lei 15 do D. l. 17, tit. 1.º é a seguinte:—*Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu antequam scias me fletuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero: ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum,* isto é, si depois de ter-vos encarregado da compra duma cousa, eu escrever revogando a auctorização e já tiverdes feito a compra sem conhecimento da minha retractação,—tereis contra mim a acção do mandato, pois, o mandatario não deve soffrer prejuizo por ter acceito o mandato. Não sei que nexo possa existir entre a doutrina advogada por Maynz e esse fragmento de Paulo.

20. Além de Van Wetter (15) que, abraçando embora francamente a theoria da informação contenta-se em reportar-se a Maynz, a Brinz e a Regelsberger,—o jurisconsulto allemão Köppen procurou architectar um systema, segundo elle—fundado no direito romano. Os seus argumentos partiam do livro 55 do Digesto. Sobre essa theoria em seu aspecto philosophico vide n. 79; no terreno do direito romano já foi ella contestada, — Rivier (Rev. de dr. intern. et de législ. comparée, 1872, tomo 4.º, pg. 533, cit. por Girault e Giorgi).

21. Outros doutrinarios não conhecemos que, de accordo com a lei escripta, affirmem qual o momento da obrigatoriedade ou formação dos contractos por correspondencia no direito romano (16).

(14) Si vina emerim, exceptis acidis et mucidis, et mihi expediat acida quoque accipere, Proculus ait, quamvis id emptoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse: nam quœ invitus emptor accipere non cogeretur, iniquum esse, non permitti venditori vel alii ea vendere.
(15) Les obligationis en dr. romain, tomo 2.º § 92.
(16) Sobre toda esta materia vidi especialmente Muirhead e Cuq. cit.

PARTE SEGUNDA

OS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA NO DIREITO COMMERCIAL MODERNO

CAPITULO I

MEIOS DE CONTRACTAR POR CORRESPONDENCIA

22. Para a geração do consentimento por si só é inefficaz o acto interno da resolução, o *propositum in mentem retentum*. E' necessario ainda que essa volição se exteriorise na manifestação do consenso para, coincidindo com o acto interno do outro contractante e a sua manifestação, originar o phenomeno juridico do contracto. Essa evidenciação da vontade de contractar assume no direito a denominação de *fórma*. Seria, porém, embaraçar as transacções de commercio, pear os actos que se succedem no giro commercial,—o restringir, determinando-as, as maneiras porque o consentimento se deva patentear: d'ahi as *fórmas livres*. O direito, no entretanto, igualmente entendeu intervir na formação de certas convenções mais importantes, predeterminando, para melhor salvaguardar os interesses do commercio, fórmas certas, imprescindiveis, *solemnes*, cuja inexistencia importa a inexistencia do contracto.

23. Entre as fórmas livres scinde-se a distincção de manifestações directas e manifestações indirectas: estas constituem o consentimento *tacito*, seja positivo, ou negativo, aquellas comprehendem o consentimento *expresso*. O *silencio* não faz parte de nosso estudo, occupando-nos sómente do consentimento expresso que exhibe-se *pela mimica*, *palavra*, e *escripta* [17]. Si acaso seguissemos essa divisão, sómente trabalhariamos as duas ultimas modalidades.

---

[17] Giorgi Teor. delle obbl., III, tit. 2, cap. 2.°

Distinguiremos, porém, na manifestação expressa do consentimento a correspondencia (em seu sentido mais lato) em epistolar, telegraphica, telephonica e phonographica ([18]).

24. ***Correspondencia postal ou epistolar***.—Os mais antigos documentos da litteratura e da historia attestam-nos a existencia da epistola como meio de communicação de idéas : a necessidade de corresponderem-se os ausentes, as difficuldades inconvenientes que apresentavam e inda hoje affectam os outros modos de correspondencia, concorreram para que se estendesse e augmente ainda hoje dia a dia (vide nota 2) a communicação postal, principalmente depois que os correios, a principio só de uso do Estado ([19]), começaram, mediante uma pequena contribuição, a ser usados por particulares. Primitivamente a troca de missivas realisava-se por meio de *tabellarii*, na generalidade. Actualmente faz-se quasi sempre por meio do correio, hoje franqueado á correspondencia particular ou privada.

25. Era natural que os commerciantes tivessem desde logo apanhado a epistola com o fim de por ella ajustarem as preliminares do contracto — não bastando para a sua conclusão. Os progressos do commercio e do direito affirmaram-n'a em breve capaz de formar obrigações convencionaes. Tal é o ensinamento do direito romano que não negava a possibilidade de travar certas convenções — *per epistolam*—(lei 31, D. III, 5 ; l. 34 D. XIII, 7 ; lei 62, D. XVII, 1 ; lei 1, § 2, D. XVIII, 1 ; lei 2, § 2, D. XLIV, 7; lei 7 Cod. IV, 35 ; lei 9 Cod. IV, 50)—e reconhecia a validade da carta, fazendo prova, como si passada fosse por um official publico. No direito moderno será uma heresia negar ás cartas missivas a efficacia contractual, de formar convenções juridicamente reconhecidas.

26. As relações formadas na vida civil e pelo direito civil reguladas, não se tramam e intromettem por correspondencia epistolar com tanta insistencia como nas transacções commerciaes. E' nos actos de commercio que a missiva adquire uma importancia jamais alcançada por qualquer

([18]) Giorgi comprehende na linguagem escripta a communicação immediata (inter præsentes) por escriptura privada, instrumento publico, etc. —e a communicação mediata (*stampa*, *posta*, *telegrafo*, *telefono*.)—Não sabemos porque maneira poude Giorgi descobrir que a communicação telephonica é communicação por escripto...

([19]) Rousseau, op. cit., parte segunda, cap. 1.º n. 214, p. 136.

outro meio de communicação de idéas. E esse alto valor na pratica tem sua justificação na experiencia : facil na execução, seguro na transmissão do pensamento, gracilmente malleavel a todas as idéas, a epistola é, como diz um aphorismo antigo, o *tacitus nuncius*, e inda mais aproveitavel que este, pois que dispersam-se as palavras, perdem-se os pensamentos sonorisados, emquanto que, cortanto azas á má fé, a escriptura os perpetúa na epistola.

Não admira, em consequencia que, unidas—a fidelidade quasi certa na exteriorisação do consentimento, a facilidade da prova a invocar, essas circumstancias deem á carta missiva ou mandadeira o caracter d'uma verdadeira escriptura privada obrigatoria para aquelle que a assignou ([20]).

27. O direito não prefixa a maneira porque deve ser empregada nas relações commerciaes a correspondencia postal. Apenas exige que a carta seje escripta intellegivelmente e na mesma lingua ou em idioma conhecido do destinatario ([21]) e assim não sendo, força alguma tem em juizo. Muitas vezes mesmo, para maior segurança e segredo em suas transacções, os commerciantes adoptam uma linguagem convencional, linguagem juridicamente reconhecida. E', ainda mais, indifferente que a carta missiva seja inteira ou parcialmente do punho do remettente : basta sómente que seja por este assignada, pois é bem de suppor que antes desse acto a lesse e conferisse.

28. Como estamos simplesmente fazendo uma resenha dos meios de correspondencia reconhecidos pelo direito contractual, não discutiremos aqui a propriedade das cartas missivas que a nosso ver pertencem ao destinatario, a sua força probante cuja limitação deve bem ser ponderada pelo magistrado, prova tão discutida principalmente no caso de dissonancia entre o copiador do remettente e a carta chegada ao destinatario. Consignaremos, no entanto, — para a consulta o tratado constitutivo da União Postal Universal (3 de Maio de 1875), e no nosso direito escripto consulte-se ; Regulamento 3443 de 12 de Abril de 1865, o decreto n. 4743 de 23 de Junho de 1871, as convenções postaes — com a França, de 7 de Julho de 1860 modificada pelo ac-

([20]) Cod. com., arts. 122 § 4.º, 140 (mandato) ; 264 ; 304, 325, art. 426 ; Reg. 737, de 1850,—art. 138. § 1.º, 141, § 2.º, 152 § 3.º e outros.

([21]) A respeito : Cod. art. 125 ; Reg. 737 art. 147,—Decr. 853 de 1851 art. 11.

cordo provisorio de 16 de Dezembro de 1870 e pela convenção de 30 de Março de 1874, com o Uruguay, de 3 de Novembro de 1877, com a Belgica, de 28 de Setembro de 1874, modificada pela convenção a que se refere o dec. 5876 de 20 de Fevereiro de 1875, com a Allemanha, de 30 de Setembro de 1873 ([22]).

29. No Brasil a inviolabilidade do segredo das cartas foi consagrada na Constituição do Imperio (art. 179 § 27) e na da Republica (art. 72 § 18)—de accordo com as Constituições—Portugueza (145), Columbiana (170), Chilena (10 § 5.º) Argentina (18), Hespanhola (7), Suissa de 74 (36) e com o Cod. do Processo Criminal, art. 93. Essa inviolabilidade, que é absoluta ([23]), desde que ferida, cae sob o dominio do Cod. Penal de 1890 de art. 189 a art. 195.

30. Concluindo a parte relativa ás cartas missivas, cumpre-nos fazer tres observações a ellas relativas e oriundas do direito brazileiro:

1.º carta particular não suppre o depoimento jurado de quem a escreveu ([24]);

2.º carta particular não póde destruir a validade de um acto publico ([25]);

3.º Carta missiva com que se pretende provar o contracto, deve ser anterior ao mesmo contracto ([25 a])

31. ***Correspondencia telegraphica.***—Como o correio, o uso da moderna invenção do telegrapho electrico foi a principio privilegio do Estado. Não foi sinão mais tarde (1850) que, em França, foi franqueada aos particulares a maravilha de hoje o *idiotismo* de outr'ora ([26]) germinada da rudimentar telegraphia aerea de Claudio Chappe cuja memoria Paris vae agora perpetuar no bronze. A rapidez que offerece, supprimindo as distancias e approximando os pensamentos, occasionou o seu emprego nas relações de commercio: e por meio da telegraphia electrica, em minutos,

([22]) O Brazil adherio á União Postal em 17 de Março de 1877.
([23]) O Direito, vol. 11, pag. 22.
([24]) O Direito, XVII, 729—XXVI, 574,--XXXVI, 373.
([25]) O Direito, III, 81—Accordam da Rel. da Côrte, em 27 de Maio de 1873.
([25 a]) O Direito, I, 62.
([26]) Abbé Moigno, Traité de la télégr. électrique (1852) e relatorio do Dr. Jules Guyot, apresentado á camara dos deputados de França (1846) cits. por Rousseau.

em segundos, formam-se transacções commerciaes entre negociantes de partes do mundo differentes. A sua efficacia para gerar contractos, ninguem teve ainda a cegueira sciencia de negar. Como a missiva transmitte o pensamento, une as duas vontades, delinea a figura juridica do contracto.

32. No entretanto duas differenças capitaes scindem-se entre a natureza da carta missiva e a do telegramma levantando ao mesmo tempo duas questões cuja resolução tentaremos bosquejar. Em primeiro logar—a carta é, senão inteiramente escripta, ao menos assignada pelo remettente: e o destinatario póde, em geral, dessa assignatura inferir a prova da identidade de quem a traçou. Ora, a sciencia da electricidade não conseguio ainda, apezar de repetidas tentativas, transmittir o autographo do expedidor. Note-se comtudo que essa difficuldade apparece não raramente, tanto na materia dos contractos formados por correspondencia epistolar, como tambem mesmo nas obrigações convencionaes ligadas *inter præsentes*.

Em segundo logar, é de suppôr que aquelle que escreve, ou simplesmente subscreve uma carta, verifique a sua exactidão: —quando unicamente subscreve a revê, quando exprime-se por seu proprio punho naturalmente traslada, sem erros, a sua intenção;—emquanto que o expedidor de um despacho telegraphico jamais poderá constatar a fidelidade do telegramma, a harmonia concorde entre a vontade e a transmissão.

32 a. Porque não falleça duvida sobre—si o telegrapho póde unir as duas vontades *in idem placitum*, ligando-as no consentimento,—a questão se resume em discutir a força probatoria do telegramma, effeito que é uma derivação da sua natureza. Esta tem sido brilhantemente discutida por muitos jurisconsultos eminentes, a par de Serafini que deu a ultima palavra sobre o direito telegraphico ([27]). Diversas opiniões se apresentam.

33. O telegramma é uma *cópia authentica* da minuta entregue pelo expedidor? Não. Os erros frequentes, os enganos quotidianos e por vezes perigosos na trasmissão dos telegrammas, combatem essa opinião. Nem mesmo é uma cópia simples do original, pois que, como observa Serafini,

([27]) Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale, Pavia, 1862.

faltam-lhe todos os requisitos duma cópia e porque os empregados das estações intermediarias jamais viram o original. Os auctores que julgam ser o telegramma uma cópia authentica da minuta, sustentam inda mais no telegraphista o caracter dum official publico, o despacho telegraphico sendo para elles um documento publico que faz prova plena. Concedendo essa proposição como verdadeira, que resulta d'ahi? Simplesmente que o telegramma merece fé, quanto á *verdade material do seu conteudo* e de sua expedição da estação A á estação B, dentro das datas da chegada e partida,—e nada mais. Merece fé o despacho telegraphico *in quanto opera e non oltre la operazione naturale e sua propria* ([28]). De mais ajunta Serafini, com Mittermaier e Reischer,—nem todos os officiaes publicos têm fé publica. E a comparação do telegraphista com o notario ou tabellião é ingenuamente tola. Este opéra e age na presença das partes contractantes ou de testemunhas: si algum erro elle causar lá está o livro de notas como corpo de delicto. Aquelle, ainda mesmo que transmitta o despacho na presença do remettente ou expedidor, nada disso advirá, pois muito poucos são os iniciados na arte da telegraphia.

34. O telegramma é a *expressão original da vontade do expedidor*, como sustentam Fuchs e Stubenrauch (este com restricções)? ([29]). A minuta, para elles, nenhuma importancia tem: representa o *que elle quiz dizer* e não o que contém o telegramma, isto é, *o que elle effectivamente disse*. Identificando o despacho telegraphico com a carta missiva foram buscar todos esses principios na vontade do expedidor.

Mas como póde ser elle a expressão original da vontade si não traz a assignatura autographa do remettente, authenticando esse acto? Como attribuir força de *original* a um documento que não está nas mãos do expedidor conferir e sanccionar? Como ferir evidentemente o bom senso fazendo do telegramma uma carta, quando a isso se oppõe a natureza mesma da operação telegraphica ([30])? Desde que fôr ac-

([28]) L. Borsari, Codice di commercio annotato, pags. 336 e segs.

([29]) Fuchs. Einige Fragen aus dem Telegraphenrechte (Archiv. für die Civilistis che Praxis, XLIII, pgs. 94 a 102) Stubenrauch (Der elektrische Telegraph in privat-rechtlicher Beziehung (Allgem. österreichische Gerichts --Zeitung, XII. num. 18 e 19).

([30]) Girault, cit. p. 226.

ceita a theoria de Fuchs uma consequencia se imporia, consequencia absurda, por elle mesmo formulada: dada a discordancia entre a minuta e o telegramma enviado, este deve preponderar. Porém—qual dos dous actos representa mais fielmente a vontade do remettente—o documento por elle escripto ou por elle conferido—ou o despacho transmissor dessa minuta, enviada de estação em estação, sujeita a erros e modificações na sua traducção? Será então legitimo representante da vontade de um individuo, um despacho desconforme e discordante do documento em que directamente esse individuo manifestou a sua intenção? Não é difficil a resposta.

35. Serafini, já tantas vezes citado, fundamenta uma theoria sua, hoje geralmente adoptada pela jurisprudencia. ([31]) Segundo elle, o telegramma é uma cópia, não do original, mas dos signaes produzidos no apparelho telegraphico e traduzidos pelo empregado. Assim pois, o despacho é a méra reproducção dos signaes que transmittem o conteudo da minuta feita pelo expedidor, delles nascendo e por elles vivendo: e desde, em consequencia, que qualquer discordancia se manifeste entre o telegramma e a minuta, terá preferencia a ultima, para determinar qual a vontade do expedidor. Na questão da prova, conseguintemente, a importancia deve ser dada á minuta contra o despacho entregue ao destinatario.

36. *b)* São diariamente citados casos de alterações na transmissão telegraphica do pensamento. Desde que o erro no consentimento seja capital, o contracto não se fórma, pois não ha consenso, isto é, concurso (theoria de informação), coexistencia de vontade (theoria de declaração). ([32])

Não gera-se o contracto: porém a jurisprudencia registra bastantes controversias em juizo oriundas desses enganos, controversias judiciaes hoje consignadas em quasi todos os livros desta materia ([33]) Prejuizos e damnos são allegados. Quem deverá indemnizal-os?

([31]) Girault, cit., pgg. 228. Borsari, cit.

([32]) Em contrario--*Bekker*—em sua obra — Ueber die Haftpflicht des Mandanten für Aufträge, die dem Mandatar entstellt zugehen (Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, IV, pag. 169.

([33]) Os mais celebres são: Oppenheimer contra Weiler. decidida em Colonia, uma citada por Serafini, pag. 122, nota 1.ª; outra que se encontra em Girault, pag. 230.

37. Não ha opinião geralmente consagrada. Alguns sustentam a responsabilidade do destinatario, outros concluem pelo do expedidor. Adduzem os primeiros ([34]): o destinatario é, na verdade, innocente, porém, o expedidor tambem o é. O prejuizo deve cahir sobre o primeiro, visto que o ultimo lança mão de um meio de correspondencia de que o proprio Estado se serve: não ha por isso *culpa in eligendo*.

Para nós, porém, é ferir a equidade fazer soffrer o destinatario que nenhuma culpa tem de que o expedidor fizesse o despacho correr os riscos da correspondencia telegraphica. Será evidentemente iniquo onerar quem nem mediatamente foi causa dos erros, nem indirectamente influio no animo do expedidor a se servir do telegrapho. E' além disso de presumir que aquelle que se serve desse meio de transporte, tenha bem pesado as vicissitudes em que periclite o seu despacho e desde que as ponderou, é de presumir que se sujeita a todas as consequencias, quando usa do telegrapho. Esta mesma opinião é seguida, embora por motivos diversos, por Ihering ([35]) e por Koch ([36]). Os arestos abundam pró e contra o nosso modo de entender ([37]) não nos consta, no entretanto que causas dessas tenham sido suscitadas no fôro brazileiro.

38. Decidida assim essa controversia resta-nos responder a uma questão connexa: o indemnizador tem direito regressivo—e contra quem?

Os commercialistas parecem accordes em responder affirmativamente á primeira parte da interrogação, affirmando a legitimidade daquelle direito; separam-se, comtudo, quando passando á pratica, procuram determinar aquelles contra quem deve ser usado o referido direito. Para resolver a questão proposta, desde que se pergunte si o indemnizador tem direito de recorrer contra o Estado que explora a linha telegraphica onde se deu o engano, será preciso conhecer antes a natureza do contracto pelo qual e mediante um

([34]) Serafini, cap. 8.º § 45 a 53; Hepp. cit. n. 116.

([35]) Culpa in contrahendo ou Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen – römischen und deustchen Privatrechts, IV pg. 1 a 112.)

([36]) Tratado sobre estrada de ferro, cit. por Serafini.

([37]) Girault cita: Tribunal de commercio do Sena, 12 Dez. 62; Tribunal de Charleroi, 24 Fever. 75; Tribunal de Antuerpia, 20 Março 76; Tribunal de commercio do Sena, 28 de Maio 56; Côrte de Paris, Maio de 58; Tribunal de com. de Marselha, 11 Abril 66.

preço o expedidor compromette-se a transmittir o pensamento expresso na minuta entregue. Depois de combater as opiniões de Bosellini e Busch ([38]) de Panattoni e Mittermaier, ([39]) Serafini—e nós com elle—cremos achar nessa convenção synallagmatica que dá origem a outras convenções, um contracto de *prestazione d'opera* ou de *lonage d'ouvrage* (Girault, pag. 238). Delineados estes principios geraes vamos ver si—

39. O indemnizador tem direito regressivo contra o Estado? Perante os principios geraes do direito, como vimos, é necessario responder affirmativamente. Na verdade, aquelle que se encarrega da execução duma obra é evidentemente responsavel pela má execução do serviço de que foi incumbido. Assim deveria ser, porém o Estado tem sido cauto em proteger os seus interesses. Girault, em França, e Serafini, na Italia, citam nesse sentido—a lei franceza de 29 de Novembro de 1850, art. 6.º, e o Regulamento dos Telegraphos de Italia art. 31. Conclusão em contrario não é permittido tirar da legislação brasileira regulamentada sob n. 8354 de 24 de Dezembro de 1881, que, sem estabelecer claramente uma norma qualquer, reporta-se, no entanto, ás convenções internacionaes de Telegraphia (art. 152), convenções que em geral (como a de S. Petersburgo, 10 de Julho 1875, art. 3), consagram a irresponsabilidade absoluta do Estado em materia de direito telegraphico. ([40])

Sobre este ponto, coube á America dar uma lição á velha Europa,—perante a legislação argentina o Estado responde pela má execução do serviço telegraphico. E indiscutivelmente: porque essa restricção? Acaso no serviço dos correios não está estatuida a responsabilidade da administração delles, isto é, do proprio Estado (art. 179, § 27 da Const. do imperio, art. 72 § 18 da da Republica)?

40. Contra as emprezas exploradoras das redes telegraphicas? Sim, em parte na legislação e na doutrina. Creio que á excepção da Inglaterra e dos Estados-Unidos, o Es-

([38]) Bosellini: um interprete. Busch: mensageiro. Mittermaier resolveu como Panattoni.

([39]) Panattoni e Mittermaier (Serafini. pag. 106): corrector.

([40]) Sobre telegraphos encontra-se no direito brazileiro: o decr. 2614 de 21 de Julho de 60, o n. 3050 de 7 de Fevereiro de 63; Reg. 3288 de 20 de Junho de 64; o n. 4653 de 28 de Dezembro de 70; e decr. 354, cit.

tado explora, embora não exclusivamente, as linhas telegraphicas. Nos Estados-Unidos as emprezas, responsaveis como são, serviam-se deste ardil: pagará metade da taxa o individuo que descarregal-as de toda a responsabilidade na transmissão do seu telegramma.

41. Contra os empregados? O Estado gosa duma immunidade absoluta: della não participam comtudo os seus empregados, de modo que parece, á primeira vista, perfeitamente legitimo o exercicio do direito regressivo contra elles. Em que pese a abalisada opinião de Girault, que a seu favor cita arestos de tribunaes francezes, não achamos sã essa doutrina. E sinão vejamos. Considere-se: 1) que em geral, esses empregados são pobres e nem de leve poderão compensar os prejuizos do indemnizador: 2) que torna-se impossivel, numa multidão de empregados pelas mãos dos quaes passa o despacho telegraphico distinguir aquelle que foi causa do erro, por negligencia, impericia ou dolo, arriscando-se o poder publico a commetter injustiças lamentaveis, e, diz aquelle aphorismo juridico allemão—hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht (41); 3), quando, finalmente, descoberto o causador do engano seria difficil o processo judicial, unico competente, desde que se trate de linhas telegraphicas ligando paizes differentes e longinquos.

Pelo nosso direito esses empregados não pódem ser considerados incursos nos arts. 149 a 155 do cod. penal, como parecerá a quem julgar precipitadamente.

42. Exploradas apenas essas questões, passemos á

Correspondencia telephonica. — Approximado o pensamento, o homem julgou necessaria uma outra maravilha: e pelo telephone approximou a voz. Não era provavel que os commerciantes desprezassem esse meio de correspondencia, na formação dos contractos. Com effeito, elle tem sido largamente aproveitado na geração das obrigações convencionaes mais simples. O telephone juridicamente considerado, originou bastante discussões, tentando o espirito atilado dos jurisconsultos (42). Nós delle trataremos em suas relações

(41) Cem annos de injustiça não valem uma hora de direito.

(42) Entre outros: *Giorgi*, op. cit. pg. 192; *Girault*, cit. pg. 250; *Gabba* (Il telef. e la giurisprud., Giornale delle leggi, 1882, n. 40 e Monitore dei Tribunali, 1882, n. 41); *Vidari* (I contr. per telef., Giorn. delle leggi,

com os contractos commerciaes, discutindo apenas uma duvida que, resolvida, traz em si a solução de todas as outras.

43. Os contractos concluidos por telephone são contractos concluidos *inter præsentes* ou *inter absentes*?

Gabba foi o primeiro que agitou essa questão. Para elle o contracto telephonico é entre presentes. Partindo dos conceitos: o contracto entre presentes é aquelle nos quaes os contrahentes communicam-se as suas declarações, de modo que no acto em que cada um delles manifesta a sua resolução, nesse momento a outra parte della adquire a percepção e o conhecimento—o contracto entre ausentes é o em que não ha simultaneidade entre a declaração de um contractante e a percepção da outra parte,—partindo desses conceitos, Gabba apoiado por Marghieri cit. conclue:

1) O contracto concluido por telephone é um contracto entre presentes;

2) O contracto é perfeito e acabado no logar e no tempo em que o acceitante transmitte pelo apparelho a sua resposta de adhesão.

Vidari contestou a legitimidade scientifica dessa opinião e esforçou-se por chegar a conclusões diametralmente contrarias. Assim, para Vidari o elemento objectivo, a distancia, é o caracter essencial dos contractos entre presentes; a voz, expellida de longe, nada mais é que um meio mechanico para a manifestação do pensamento e incide entre os meios de correspondencia, igualada, em suas condições legaes, aos signaes telegraphicos e caracteres da escriptura.

Bolaffio procurou conciliar as duas escolas oppostas e encontrou a seu favor Giorgi. O contracto telephonico é para elles, um especie de convenção entre ausentes, que differe do genero simplesmente em razão de sua irretractabilidade. E' reputado perfeito no logar e no momento em

1882, 42 e 46); *Porro* (Direzione del monit. dei tribun. 1882, 43; *Bolaffio* (L'art. 36 del cod. di comm. e i contr. per telef., Archivio Giuridico, vol. 29, pag. 511); *Norsa*, (Il telef. e la leggi); *Marghieri*, (Diritto commerciale, II, n. 525); *Puglia*, (Dei contratti per telefono, Foro Messinesse, II, 93); *Ricco* (Giurisprudenza telefonica, Riv. di Giurisprudenza di Tranni, VII, pg. 149); *Georges Vidal* (Le téléphone au point, de vue juridique, Récueil de l'Académie de legislation de Toulouse XXXIII pg. 228 376); *Ferdinando Bianchi* (I contrati conclusi per telefono, supplemento agli studi Senesi, vol. V, 1888).

que o pollicitante (43) ou proponente percebe no telephone a resposta do acceitante.

Norsa pensa que a questão é *mais de facto que de direito*; e, dando o relevo de sua auctoridade á opinião de Bolaffio, entende não poder ser o contracto telephonico classificado nem entre uns, nem entre outros, porque si pelo *tempo* prende-se aos *inter præsentes*, pelo *logar*, pela *distancia*, participa da natureza dos *inter absentes*.

Girault combate Norsa e pensa que o contracto formado por telephone é entre presentes e ausentes, ao mesmo tempo.

44. Nós, porém, julgamos que a razão e o direito, neste ponto dos mais escabrosos do direito commercial, estão do lado de Marghieri e de Gabba: e que portanto os contractantes por telephone são juridicamente considerados como presentes.

Ninguem o póde negar, diz o segundo jurisconsulto, em primeiro logar—que a communicação telephonica é verbal, e mais que existe simultaneidade na troca de idéas e na sua immediata cognição: logo é um contracto verbal entre presentes, porque estes são os caracteres essenciaes de taes contractos.

45. Considere-se mais: — O contracto não é entre ausentes pela distancia material entre os contractantes. E' impossivel a inexistencia desse affastamento, a menos que só possam contractar entre presentes dous individuos juntos, assentes no mesmo plano, um em face do outro. E si não for assim, qual o criterio para distinguir as duas especies de obrigações contractuaes? Qual a *medida material* para apanhar essa *distancia material*? (44)—Ninguem lembrou-se ainda de consignal-a. Em consequencia, esses contractos não são chamados *inter absentes* pelo simples facto physico do affastamento entre os corpos dos contractantes: antes o são, attendendo-se á possibilidade maior ou menor de contractar por uma certa maneira.

Inda menos o contracto é entre ausentes pelo phenomeno optico da visão, *de visu*. Si assim o fosse chegariamos ao absurdo de considerar como sendo formado entre ausentes

(43) Sobre o que seja, vide as magnificas paginas de Giorgi, cit. n. 217 a.
(44) Estas e as considerações que se seguem são de Bianchi.

uma obrigação contractual vinculando dous cegos, que se achassem num mesmo aposento. A vista, pois, considerada *in se*, não constitue um elemento substancial dos contractos entre presentes. E não constitue, mesmo quando considerada como meio de reconhecer a *identidade das pessoas*. Perfeitamente continua Bianchi: Si apegam-se a essa identidade, por seu lado objectivo, a lei tolhe-lhes os passos, pois concede acção de nullidade quando existe erro na identidade da pessoa. Si, porém, referem-se á subjectiva, bastam dous exemplos para destruir esse systema: seremos obrigados a considerar como entre presentes uma obrigação convencional celebrada por correspondencia desde que uma das partes tenha plena certeza de que foi uma determinada pessoa que escreveu a epistola pela qual vem, por exemplo, uma pollicitação; seremos obrigados, ao contrario, a considerar *inter absentes* um contracto gerado verbalmente, um contractante á vista do outro, quando elles não se conheçam, mas unicamente vejam-se, olhem-se, contemplem-se.

46. Filiado á theoria de Gabba, espóso tambem as modificações oriundas de Bianchi, que com tão masculos argumentos, com tanta limpidez de raciocinio, repudia a distincção consagrada—*inter præsentes* e *inter absentes*,— substituindo-a por esta outra: — contracto travados em relação immediata e contractos formados por correspondencia ou intermediarios.

47. Decorre de tudo quanto affirmamos:

1)—O contracto telephonico é um contracto *inter præsentes*, ou melhor, em que ha immediata correspondencia, simultaneidade da expressão e da percepção.

2)—O logar em que se fórma o contracto é aquelle em que o acceitante dá pelo telephone a sua resposta e

3)—a legislação competente é a do paiz donde o acceitante responde, pois

4)—o momento da obrigatoriedade coincide com a dicção da acceitação.

48. Varios inconvenientes apresentam-se, justificando o uso da correspondencia telephonica sómente para a geração de convenções de pequena importancia. Primeiramente, a difficuldade da prova, visto que a ausencia de signaes materiaes não permitte que as palavras trocadas deixem após

si traço algum, e assim sendo, estas tem a mesma força probatoria que as trocadas sem testemunhas. A má fé póde perfeitamente intervir, sem haver meio de proval-a, sinão quando a sciencia descobrir o meio de, pela applicação do phonographo, registrar os sons telephonisados. (44)

Em segundo logar o erro sobre a identidade da pessoa, tão provavel nessas transacções como nas geradas por meio do telegrapho, apresenta-se desvalorisando em parte o telephone. O disfarce da voz, as modificações, leves embora, porque passam os sons em sua transmissão, não permittem áquelle que ouve apanhar com segurança a identidade da pessoa que falla. O nosso cod. penal, como o francez, esqueceu-se de prevenir o caso em que a má fé ahi interviesse, causando damnos e prejuizos.

Finalmente, a essas difficuldades accresce, como diz Girault, a da transcripção quando o contracto assim concluido fosse dos que, em direito, têm o caracter de *transcriptiveis*.

49. ***Correspondencia phonographica***.—A electricidade alcançou mais que transmittir á distancia a voz humana: registrou essa mesma voz com o phonographo e nisso está a sua utilidade. Facilmente applicavel aos contractos verbaes elle deve ter força probante. Não consta, no entretanto, que tenham-se algum dia concluido convenções por esse modo de correspondencia. Isso é comtudo possivel pela troca de phonogrammas; e como a vista não influe para a determinação da especie, a taes contractos serão applicados os mesmos principios vigentes para os constituidos por meio da correspondencia epistolar.

CAPITULO II

MOMENTO DA FORMAÇÃO DOS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA

DOUTRINA

54. O consentimento é a manifestação do accordo entre duas ou mais pessoas para contrahir uma obrigação. Deste simples enunciado decorre obvia a sua importancia no direito e especialmente no direito contractual. Elemento

(44) Vede a respeito «Varias» do *Jornal do Commercio*—collecção de Agosto de 92.

essencial para a formação do vinculo, a elle se prende, dominando-o, a questão de saber qual o momento em que sua participação torna-se perfeita entre ausentes. Quando o contracto conclue-se entre presentes, essa participação por tal modo se faz que se confunde com a exteriorisação do consenso. *Inter absentes*, porém, não é isso possivel.

55. A questão de saber o momento da formação, isto é, da obrigatoriedade dos contractos por correspondencia é a duvida capital que absorve toda a materia dessa especie de obrigações convencionaes. Bem merece ella a importancia que lhe têm grangeado serias controversias justamente celebres, suscitadas em direito commercial, em direito civil e em direito internacional privado. E não se tenham os variados systemas talhados—por casuisticos principios, por distincções sophisticas. Discussão levantada por Savigny e por Vidari, por Pothier e por Troplong, ella tem por defensores esses nomes e envolve notabilissimos problemas juridicos. E si tal sufficiente não fosse para justificar tantas theorias que se degladiam, quasi todas ellas com assento na legislação,—legitimal-as-ia esta justissima observação de Girault; «*C'est la nature abstraite du consentement, laquelle est la même partout, qui est en jeu* (46)—Notabilissimos problemas juridicos, são incontestavelmente a questão de retractação, de morte e interdicção, occorridas durante a formação do vinculo,—da determinação do tempo e do logar da formação da obrigação convencional.

56. O interesse votado á resolução do problema tem gerado muitas opiniões e muitas opiniões surgirão ainda.

Uma theoria que tem assento na jurisprudencia desde Heineccio, exige para a conclusão do contracto o *concurso simultaneo* das vontades, e para que se prehencha essa condição é necessario que o pollicitante tenha noticia da acceitação de sua proposta; é necessario, pois, que a resposta do acceitante chegue ao seu conhecimento. Essa é a escola da *cognição* ou da *recognição* ou da *rescisão*, mais geralmente conhecida pelo nome de theoria da informação.

Para uma outra doutrina, o contracto se fórma desde o momento em que haja a coexistencia das vontades contrahentes. É a theoria da *declaração* ou da *agnição (agnos-*

(46) Op. cit. pag. 49

cere assentiri.) Mas quando se trata de saber qual esse momento dividem-se em grupos os sectarios da *declaração.*

Sustentam alguns que é aquelle em que o acceitante manifesta por qualquer maneira a sua adhesão á proposta do pollicitante, e fórma a sub-theoria da declaração *sensu stricto* ou da *decisão.* Puchta, Savigny, Errico Thöll designaram-n'a, abraçando-a pela mesma denominação do systema geral da agnição: *Aeusserungs-theorie.*

A segunda sub-escola, a da *recepção (Empfangs-Theorie*, de Sintenis),—para a formação do vinculo obrigatorio exige que a resposta chegue materialmente á casa do pollicitante, muito embora este não a leia—*ut acceptatis illi innotescat.*

Os demais proclamam o sub-systema da *expedição (Uebermittlungs-Theorie)*—que julga encontrar o nexo das vontades, no instante em que o acceitante expede a resposta, embora esta não chegue ás mãos e ao conhecimento do pollicitante.

57. Examinaremos essas duas escolas principaes, mais detalhadamente que os systemas mixtos de Grotius e Windscheid, analysando ainda a opinião do distincto professor Köppen, de Würzburg.

I

THEORIA DA INFORMAÇÃO

58. A questão é esta: A offerece por carta ou telegramma a B a compra duma mercadoria. B, dias depois, responde acceitando. Em que instante torna-se perfeito e acabado o vinculo contractual que ahi se formou?

Ao tempo em que o pollicitante A, não só recebe, como ainda conhece a carta de adhesão do acceitante.

Brilhantemente tem sido combattida essa escola. Giorgi, Girault, Serafini têm cabalmente demonstrado a sua injustificabilidade perante a sciencia do direito.

Nós procuraremos refutal-a no dominio theorico e no dominio da applicação.

§ 1º

NA DOUTRINA

59. O primeiro dentre os muitos argumentos apresentados pelos partidarios dessa escola, é o seguinte que, capital como é, enfeixa todos os outros:—O consentimento do acceitante não sendo conhecido pelo pollicitante é considerado não existente e não obriga, porque nada mais é—que um *propositum in mente retentum*; só quando dá-se o conhecimento reciproco da vontade reciproca póde haver concurso simultaneo, ou reunião, ou encontro das vontades, concurso, reunião, encontro que concretizam a natureza do consentimento.

Seductora á primeira vista, esta argumentação, apparentemente irrefutavel, desfaz-se, no entanto, com as simples observações que se seguem:

Dizem elles—o pollicitante ignorando o consentimento do acceitante, de nenhuma fórma está obrigado, pois, para elles, esse consentimento *não existe.* Mas é um erro affirmar que esse consentimento é um mero *propositum in mentem retentum.* (Troplong.) Exteriorizado na carta de acceitação elle *existe* materialmente, embora o pollicitante não o conheça ainda: e, existindo, dá-se a reunião das vontades, porque o consentimento do pollicitante existe tambem materialmente na carta de pollicitação.

Não, respondem os nossos adversarios: o consentimento do pollicitante inda não está perfeito, porque para a sua perfeição e consequente obrigatoriedade exige-se mais a consciencia simultanea do accordo das vontades, elemento essencial do consentimento. Esta resposta não colhe—e não colhe porque, reclamando tal accordo por essa maneira, o pollicitante duvidará si o acceitante continúa firme em sua resolução;—o acceitante, de posse da pollicitação, vacillará ignorando si o pollicitante mantem ainda a sua offerta, e, para apagar essas vacillações e desvanecer essas duvidas, com as quaes é impossivel o concurso das vontades, será preciso nova correspondencia incessantemente renovava e eterna. E' preciso mais que o pollicitante saiba que a sua proposta chegou ao seu destino, é necessario que o acceitante saiba que sua acceitação chegou ao pollicitante, e assim até o absurdo.

Si fosse logica comsigo mesma a theoria da informação impediria a formação dos contractos por correspondencia.

60. De mais—para elles o vinculo consiste na reunião immaterial dos consentimentos. Ora, o consentimento do proponente, sempre presente na pollicitação como se elle

proprio presente fosse, pode-se reunir ao do acceitante no mesmo momento da acceitação.

61. Um segundo argumento que nada mais é que a reproducção do primeiro, é este: nenhuma obrigação póde nascer sem o consentimento duma das partes obrigadas. Mas responde perfeitamente Giorgi, quem faz uma proposta não ignora que, fazendo-a, dá ao destinatario a faculdade de recusar e o direito de acceitar. O pollicitante só ignora qual será a resolução daquelle a quem dirigio a sua offerta, mas isso não constitue absolutamente um impedimento á conclusão do vinculo: o mandante, desconhecendo os actos do mandatario, obriga-se por elle desde que agiu dentro dos poderes conferidos. Inda mais: os partidarios da informação não podem negar a efficacia juridica do silencio: e essa consagração do direito não importa o mais solemne desmentido aos principio da *cognição*? . . .

62. A fonte dos argumentos é inextinguivel para os informaccionistas. Procuram pela bocca de Wurth (47) um valimento num trecho de Kant: « Este perfeitamente definio os direitos pessoaes, dizendo que elles consistem na posse do arbitrio duma outra pessoa, como faculdade de determinal-a, por meu proprio arbitrio, a uma acção compativel com as leis da liberdade »

Mas da deducção subtilmente apanhada da posse nas cousas immateriaes, nas obrigações, e do prender-lhe affinidades juridicas taes,—que ella possa servir para demonstrar que o pollicitante deve conhecer aresposta de acceitação afim de que o contracto se gere... de tudo isso a concepção não é facil e a pratica é mais difficil ainda. Fique tal tarefa a um cerebro melhor organizado que o nosso.

63. E não é tudo: A egualdade, affirmam, seria desrespeitada, se o contracto não proviesse da notificação da acceitação ao pollicitante: não só o proponente ficaria obrigado antes do acceitante, como ainda só um poderia conhecer o consentimento do outro contractante.

Mesmo perante a philosophia do direito será impossivel sustentar a egualdade absoluta. Vantagens compensam approximativamente prejuizos. E si ante a sciencia do direito isso não fora um absurdo em theoria, seria um crime na

(47) Cit. por Giorgi, vol. 3.º

pratica; ninguem procurará, como diz Giorgi, egualar todas as penas d'um codigo criminal, todas as obrigações dos credores. Seria arbitrario e perigoso tal systema. E com que direito pretendem elles estabelecer o principio absoluto da egualdade no direito contractual? Porventura aquelle que pratica um acto não se sujeita a todas as suas consequencias? Accrescenta o mesmo Giorgi—é uma utopia e uma loucura equiparar a offerta á acceitação, o pollicitante ao acceitante—um manifesta a vontade de obrigar-se, outro a nada se compromette.

64. Do que sufficiente mas ligeiramente acabamos de dizer, expondo os argumentos *pro* e refutando-os, estamos auctorizados a tirar uma conclusão:

A theoria da *cognição* é injustificavel perante os principios.

§ 2º

NA PRATICA

65. Si tal é o ensinamento da razão em relação aos fundamentos da—*Vernehmungs-Theorie*, dos allemães,—não diverso é elle logo que indaguemos das consequencias praticas daquella escola.

O primeiro escolho que se nos antolha, na pratica da doutrina da *informação*, é a difficuldade ou impossibilidade da prova. E é obvia a razão: A., de Santos, propõe a B., de S. Paulo, a compra d'uma partida de mercadorias. Convindo a transacção, B. responde acceitando. A., porém, abrigado sob a theoria da *informação*, recusa-se a executar o contracto e allega—*próvem que recebi a resposta, próvem que a li* e *só então executarei a obrigação?* E quem será capaz de proval-o? Dirão talvez: o acceitante póde registrar a sua resposta. No entanto esse facto provará que o acceitante remetteu a missiva de acceitação, provará mesmo que essa resposta chegou ás mãos do pollicitante... Porém —quem nos affirma que o proponente leu a carta de acceitação, leitura essencial para formação do vinculo, segundo a theoria da *informação*?

66. Ao lado do credito e da segurança, a celeridade representa uma condição substancial á movimentação do commercio—a essa verdadeira agitação commercial. E nem póde deixar de ser assim; por isso que o commercio é

chamado a estabelecer o equilibrio economico entre a procura e a offerta, a superabundancia na producção e a escassez no consumo, é necessario que os seus actos sejam variados e continuados, ao mesmo tempo que ininterruptos e celeres. E uma das causas evidentes do desenvolvimento dos contractos por correspondencia é essa mesma celeridade.—Ora, com as formalidades nelle implicadas, o systema da *informação* nada faria, consagrando exigencias dispensaveis, nada faria sinão perturbar a celeridade das transacções, oppondo—obstaculos inuteis á brevidade de sua formação.

67. Si bastante não fossem estas considerações para justificar o repudio d'uma theoria—illogica em seus argumentos, falsa e confusa nos principios e perigosa em suas consequencias (48),— uma simples observação legitimaria esse anathema.

A delicada trama das relações de commercio repousa principalmente na segurança, que lhe é offerecida e garantida pelas leis que as regulam. Apagae esse elemento e o commercio como a sociedade desapparecerá; d'ahi o cuidado que teve o legislador de procurar abroquelar, com disposições severas e salutares, a boa fé dos commerciantes. Mas, uma vez admittida a theoria da *cognição*, todo esse trabalho do direito positivo tornar-se-á inefficaz. E' de facil comprehensão: abrigado sob a difficuldade da prova, não faltará quem especule sobre os principios daquella doutrina, uma vez reduzidos á lei. No caso ha pouco apontado: A. nega-se deslealmente a cumprir o contracto e B., acceitante, fica tolhido de mostrar a má fé perigosa do proponente. Estarão, assim, resguardados os altos interesses do commercio? Por certo que não. Basta esse exemplo para mostrar quanto a theoria da *informação* póde abalar a segurança, um dos principaes esteios das relações commerciaes.

68. Mesmo que se exclua a intervenção da deslealdade e da fraude, a escóla discutida inda apresenta inconvenientes insanaveis. O caso debatido—da morte, no tempo comprehendido entre a acceitação e a pollicitação, fornece-nos mais uma prova da iniquidade e imprevidencia daquella doutrina. No exemplo dado, supponhamos que A., pollicitante, morre antes de ler a resposta, ou esta chega quando

(48) Giorgi. l. III, Cap. 4. II.

agonisante e impossibilitado de ler. O contracto está firmado.? Não. No entanto, B., acceitante, alugou armazens para accommodação das mercadorias que elle crê vendidas e revendeu mesmo uma parte da porção que elle suppõe comprada. Quem deverá indemnizal-o desses prejuizos porventura soffridos? Os herdeiros do pollicitante? Não, porque o contracto não se vinculou. E os damnos havidos—quem os paga e quem póde contestar a sua existencia?

69. Repellida no dominio dos principios, por insustentavel nos seus argumentos, repellida no terreno da pratica por dar azas á má fé e instigar a deslealdade,—a theoria da *informação* não póde servir-nos de criterio para affirmar o momento da formação dos contractos por correspondencia.

II

THEORIA DA DECLARAÇÃO

70. Adoptamos a escóla da *declaração* que tem, como conceito fundamental, a coexistencia das vontades. O momento da formação dos contractos, quer por immediata relação, quer por correspondencia, é aquelle em que a vontade do acceitante junta-se á vontade do proponente. Mas esse principio capital, fundamento basico da theoria da *declaração*, remove, sem resolver, a questão proposta, e somos obrigados a formular uma outra pergunta: qual o instante da coexistencia das vontades, isto é, o momento da formação do contracto?

Na resolução desse problema, a escola geral triparte-se em sub-systemas.

§ 1º

DECISÃO

71. Embora patrocinada pelo nome de Savigny, essa opinião, quasi isolada na jurisprudencia e sem apoio na legislação, não póde ser recebida, quer em razão dos principios que a constituem, quer em razão de suas consequencias.

72. Na verdade, para essa sub-escola, o contracto se fórma no momento em que é escripta a acceitação ou melhor, no

instante em que o acceitante materialisa a sua intenção.— Ora a má fé possivel do acceitante póde tornar difficilima a prova. Com effeito, B. recebe em 30 de Agosto uma pollicitação de A.; porém, demorando até 5 de Setembro a resposta envia nesse dia a acceitação com data de 31 de Agosto, estando ella, portanto, dentro do prazo previamente marcado pelo proponente para a resposta.

De mais, como diz Girault (49) o systema da *agnição*, pura e simples, póde ser por este modo combatido: desde que só o acceitante conheça a sua acceitação e a destrua, essa acceitação equivale a um acto volitivo ainda não expresso. Si não é um *propositum in mentem retentum*, o é—*in manibus*.

73. Exclua-se a hypothese da deslealdade. Muitas vezes o acceitante entrega a carta a outrem para despachal-a e esse alguem esquece-a, ou perde-a. Não será um absurdo considerar então o contracto como formado?

Além disso, o acceitante póde escrever uma carta de acceitação; porém, pensando melhor a modifica dias depois, não em sua essencia, mas em clausulas accidentaes. Desde quando existe esse contracto?

E' essa difficuldade na pratica que leva-nos a combater o systema da *declaração*, *sensu stricto*, de Savigny, Puchta e Thöll.

§ 2º

RECEPÇÃO

74. O principio de que só no acto da recepção fórma-se a obrigação contractual, serve de base para essa sub-divisão da theoria geral da *déclaração*. Para essa sub-escóla basta que a acceitação chegue materialmente á casa do pollicitante: não se exige, pois, que o proponente a leia, como na theoria da *cognição*.

Pelos conceitos que a dominam—prende-se á escola da *agnição*.

Pelas consequencias que della derivam—approxima-se do systema da *cognição*.

Segundo pensamos, essa opinião é antes um temperamento ao absolutismo das duas grandes escolas, um systema in-

(49) Pg. 86, op. cit.

termediario entre uma e outra, que, deveria ser classificado entre as theorias mixtas.

75. São faceis de apontar os seus pontos vulneraveis.

A carta póde chegar á casa do pollicitante. Este, porém, por descuido seu ou de seus famulos, não chega a ter conhecimento della, e, ou retracta a pollicitação, ou tomando o presuppposto silencio por uma recusa, conclue com outro a transacção proposta. Houve deslealdade? Evidentemente não. No emtanto, por essa sub-theoria, o contracto primeiro subsiste e o pollicitante innocente indemnizará os prejuizos que, sem culpa alguma, causou ao segundo individuo que comsigo formou o outro contracto.

A carta póde chegar á casa do pollicitante. Este, homem de má fé, allegará com visos de verdade que era-lhe impossivel saber da chegada da acceitação, porque estava ausente e nesta ausencia revogou a pollicitação.

A carta póde chegar á casa do pollicitante. E as especulações e as manhas ardilosas hão de surgir, embaraçando o magistrado, colhido entre violar a lei ou praticar uma injustiça.

§ 3º

EXPEDIÇÃO

76. Filiamo-nos a esta sub-escola, por parecer-nos a melhor inspirada pela doutrina e por ser a unica sustentavel no dominio do nosso codigo do commercio, art. 127. Para nós, conseguintemente, o contracto se fórma desde o momento em que o acceitante envia a carta de adhesão, desliga de si o consentimento, no acto, pois, de depositar no correio a sua resposta, de entregal-a a um intermediario qualquer, de dal-a para ser transmittida ao telegraphista —*isto desde que seja-lhe impossivel obstar mais a partida da sua acceitação*. Desde então o vinculo contractual está travado, é obrigatorio e produz todos os seus effeitos juridicos.

77. Mas, entendamo-nos. Em geral, as disposições que regulam os direitos do remettente duma carta ou d'um telegramma para com o telegrapho ou o correio, consagram clausulas em virtude das quaes póde o expedidor, prehen-

chidas certas formalidades, retirar a sua missiva ou seu telegramma (inda não expedidos), das repartições respectivas.

Ora, si o contracto fosse considerado formado, desde o momento da entrega da carta ao correio ou da minuta ao telegrapho, o expedidor não poderia, retirando a carta ou a minuta, retirar o seu consentimento: mas elle póde fazel-o logo...

Girault procura conciliar a faculdade de retirar a carta com o sub-systema da *expedição*: e fazendo um temperamento ao rigor dos principios, permitte ao acceitante retirar o seu consentimento desde que a retractação chegue antes ou ao mesmo tempo que a resposta primitiva. Si assim é, continua elle, si concede-se ao acceitante retirar o seu consenso por um meio qualquer que preceda a carta de acceitação, porque não auctorizal-o a retirar essa propria carta?

Em primeiro logar, o temperamento proposto comquanto justificavel na legislação, profundamente fere os principios capitaes do systema por elle e por nós seguido; em segundo logar, a explicação dada não satisfaz porque o termo *expedição* não quer dizer simplesmente a entrega da resposta para ser enviada; quer antes significar, como a propria palavra indica, o acto de *partida* dessa resposta para o seu destino. Aubry et Rau (51) depois de combaterem os que pensam que a acceitação não conhecida pelo pollicitante é um *propositum in mente retentum*—ajunta: si é verdade—*qu'une acceptation, manifestée dans une forme qui laisse à celui qui l'a donné, le pouvoir d'en effacer toutes les traces, ne suffit pas plus q'une acceptation purement mentale pour lier l'auteur de l'offre*,—é verdade tambem que—*il doit en être tout autrement, lorsque l'acceptation a été annoncée par un moyen de communication qu' il ne dépendait plus de l'acceptant de retirer ou d'arrêter*.

E' esse o nosso modo de entender.

III

THEORIAS MIXTAS

78. Apoiando-se no principio de que não será justo estabelecer uma regra unica para todos os casos, Grocio,

(51) Cours de dr. civil français, IV, § 343, nota 25.

entre os antigos, Windscheid, Giorgi e Pescatore, entre os modernos teem procurado harmonisar os systemas, formulando normas tiradas a uns e a outros. Até agora, porém, esse desideratum não foi devidamente alcançado. É o que procuraremos provar.

79. Grotius *(De jure belli et pacis*, II, cap. 11, § 15),—(52)—lança o seu criterio na distincção entre unilateralidade e bilateralidade dos contractos. Para os gratuitos, aquelle autor, attendendo á pouca probabilidade que ha da recusa dum beneficio, faz datar a obrigatoriedade desde a acceitação. Em relação, porém, aos synallagmaticos ou onerosos, a perfeição do vinculo só se realizava ao tempo do conhecimento da acceitação, por parte do pollicitante.

Mas essa maior ou menor possibilidade e probabilidade de acceitação não póde servir de criterio para uma distincção scientifica. É facto conhecidamente commum a recusa de doações que são contractos gratuitos: e, quanto aos onerosos, as vantagens são frequentemente de tal importancia para o acceitante, que immediatamente deixam entrever o consentimento deste ultimo. Principio variavel e mal seguro, não póde servir de base a um systema que se propõe a resolver tão importante questão.

80. Obedecendo ás mesmas inspirações de Grotius, Windscheid (Direito das Pandectas, §§ 306, 307 e 308), egualmente procurou harmonisar as theorias, propondo a conciliação sob a fórma duma nova doutrina. Distingue tambem as obrigações convencionaes synallagmaticas—das unilateraes, fazendo ainda variar o conceito da perfeição segundo a consideração do pollicitante e a do acceitante.

Assim nos contractos bilateraes, o pollicitante está vinculado desde a expedição de sua offerta; para o acceitante, no entanto, essa obrigatoriedade gera-se logo que, como na theoria da *recepção*, a resposta chega á casa do pollicitante.

Nos contractos a titulo gratuito faz-se mister uma segunda distincção. Si o que offerece é aquelle que se quer vin-

(52) Girault considera a theoria de Grocio como um simples desvio da escola da *informação*; nós, porém, e cremos que com razão, acompanhamos Giorgi, collocando-a entre os systemas mixtos. Si Girault assim procedeu simplesmente, porque Grocio admitte para os synallagmaticos a solução dos informaccionistas, elle deveria tambem considerar como tal Windscheid; e no entanto não o faz.

cular como credor *(stipulator)* imperam os principios da escola *da informação*; si a pollicitação emana daquelle que abdica uma parte de sua liberdade em favor de outro, e que se chama — devedor, a theoria da *expedição* prepondera.

E', pois, este systema uma simples applicação a casos particulares, das duas escolas da *informação* e da *agnição*.

81. O alto valor scientifico do nome de seu creador, não impede que opponhamos argumentos.

Essa theoria mixta *(gemischte-Theorie)*,—mente á fé dos principios. Não se póde comprehender effectivamente um contractante obrigado antes do outro. E a prova está nisto —quem é o sujeito activo dessa obrigação a que está vinculado o pollicitante nos contractos synallagmaticos? — Quem o sujeito passivo? Ora, é impossivel haver uma obrigação sem a coexistencia de dous sujeitos de direito, um activo outro passivo; coexistencia que repugna á doutrina de Windscheid.

A escola de Windscheid, como em geral as theorias mixtas, é formada de retalhos. Ha soluções, vimol-o, emprestadas a um e outro systema, e a injustificavel distincção entre contracto a titulo oneroso e a titulo gratuito partio, já o sabemos, de Grocio: a unica innovação consiste—nas consequencias differentes das relações juridicas do acceitante e do pollicitante, innovação inacceitavel, como vamos ver.

De facto—não se póde comprehender uma compensação: ou ha contracto e ambos ficam ao mesmo tempo vinculados, ou não ha contracto e não ha vinculo de especie alguma.

82. Indicaremos simplesmente as opiniões isoladas de Giorgi e Pescatore.

Giorgi, na sua *Teoria delle obbligazioni*, III, tit. II, cap. 2,§3º art, 2, IV, — distingue o momento da formação dos contractos por correspondencia—quanto aos effeitos da competencia, quanto á legislação que deve determinar e regular o contracto, quanto á retractação. Confuso e subtil não dá principios de especie alguma em relação aos dous primeiros pontos de vista, e sob o ultimo nada adianta.

Pescatore (53)—distingue, procurando qual o momento da formação, o conteudo da proposta e considera mais os effeitos do contracto.

IV

SYSTEMA DE KŒPPEN

83. Repudiando os mais sãos preceitos do direito, as mais sabias lições da doutrina, Kœppen, jurisconsulto aliás de merito comprovado foi rebuscar erradamente no direito romano normas que pudessem resolver o problema discutido. E não lembrado de que, já no direito de Justiniano, já no direito anterior, não se offerece uma systematisação de conceitos sobre a materia, esqueceu que essa questão respeita e estrema a noção de consentimento, a qual, para elle, não está em jogo. O seu systema resume-se no seguinte: a pollicitação entre ausentes inclue uma dilação de obrigação sob condição de acceitação. O contracto está, pois, formado desde que realize-se a condição suspensiva da acceitação. Ora, desde que dê-se a acceitação esta retroage de maneira que o momento debatido é aquelle em que a proposta é feita.

Diremos simplesmente com Girault: é uma heresia em direito como um desastre na applicação, sustentar-se que a offerta, ainda sem acceitação, obriga ao seu auctor.

CAPITULO III

MOMENTO DA FORMAÇÃO DOS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA

LEGISLAÇÃO

84. Desde que vimos as divisões que lavram no seio da Jurisprudencia, não é estranhavel a divergencia cavada inda nos codigos, sobre a formação dos contractos por correspondencia. Escólas que se entrechocam na theoria vão-se abroquelar em disposições legislativas, e poucas são as doutrinas que por sinão têm a auctoridade do direito positivo.

(53) Le convenzioni per corrispondencia epistolare (Arch. giurid., XII,412-418) Contratti fra assenti (Giorn delle Leggi, VI,2)-cit, por Giorgi.—

85. Allemanha. O codigo que rege as transacções commerciaes do imperio germanico (5 de Junho de 1869)—veio consagrar a escola da *declaração—expedição*. No livro 4º que trata dos actos de commercio — *Von den Handelsgeschäften*—encontramos os seguintes principios:

Art. 319. « O proponente fica vinculado por uma proposta, feita entre ausentes, até o momento em que se poderia esperar a chegada da resposta, si esta tivesse sido expedida regularmente e a tempo. No calculo desse momento, o proponente póde partir da supposição de que a sua proposta chegasse a tempo. Chegando sómente depois desse momento a acceitação expedida a tempo, o contracto não subsiste si o proponente communicou a sua retractação nesse interim ou sem demora depois da chegada da acceitação.

Art. 320. Si a revogação d'uma proposta chega á outra parte antes que a propria proposta, ou ao mesmo tempo que esta, a proposta será considerada como não formulada. Da mesma fórma, não produzirá effeito a acceitação si a sua revogação chegar ao proponente, anterior ou simultaneamente a ella.

Art. 321. Si um contracto fôr concluido entre ausentes, o momento em que fôr consignado, para ser expedida, a declaração de acceitação,—esse momento será tido como o da conclusão do contracto ».

86. Saleilles (*Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil allemand*, 1890)—pretende que o systema adoptado pelo cod. commercial allemão nos arts. 319 e seguintes é um systema mixto, uma sorte de concessão feita aos partidarios da coexistencia das vontades; que o contracto forma-se no momento em que o pollicitante recebe a acceitação, mas que, por uma ficção de retroactividade, reportam-lhe os effeitos ao dia da sua emissão ou expedição—; (54) que si a acceitação póde ser revogada depois de sua emissão é signal que o contracto ainda não está formado;—que no art. 321 é necessario distinguir—primeiro—a formação do contracto (*Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen*),—segundo o momento ao qual se reportam os effeitos do contracto (*So gilt der Zeitpunkt in welchem die Erklärung*

(54) Mais ou menos como na theoria de Kœppen.

der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags)—; que emfim o projecto do cod. civil allemão, acceitando nos arts. 74 e 87 a escóla da *recepção*, nada mais faz que consagrar a doutrina do cod. civil, sem a ficção de retroactividade. Saleilles, porém, não póde provar o que diz. Não ha sophismas, por melhor trabalhados que sejam, a oppôr ao art. 321 que, clara, expressa e avisadamente, acceitou a *Absendungstheorie*.—Quanto á excepção feita pelo art. 320, em sua segunda parte, ella é tambem consignada pelo cod. federal suisso, art. 8—e foi brilhantemente defendida por Girault (55).

Como o projecto do cod. civil allemão, resolveram o cod. saxonio, art. 815 e prussiano, parte 1.ª, tit. 5.º §§ 96 e 105—, de accordo com Emminghaus, *Archiv für die praktische Rechtswissenschaft Neue Folge*, t. 5, p. 113.

87. Austria.—O cod. de commercio de 17 de Dezembro de 1862, no livro 4, tit. 5, art. 321 reproduz sem alteração de palavras, o art. 321 cit. do cod. commercial allemão.

O codigo civil austriaco, porém, é inspirado pela theoria da *informação*, como nos diz o cap. XVII, art. 862, 2.º e 3.º alinea:

« Tratando-se de promessa escripta, convem distinguir si ambas as partes acham-se ou não no mesmo logar. No primeiro caso, a acceitação deve ser feita e notificada ao proponente dentro de 24 horas; no segundo, dentro d'um espaço de tempo duas vezes maior que o necessario para obter a resposta: em contrario, a promessa não é mais obrigatoria ».

88. França.—O silencio do cod. commercial de 1808 fez com que pullulassem duvidas sobre o momento da obrigatoriedade dos contractos de que nos occupamos, chegando Massé a negar a possibilidade de contractar por correspondencia no regimen do codigo (56).—Girault, entre outros, combate a theoria da informação no direito francez: e, destruindo o argumento tirado do art. 932 do cod. (*La donation n'aura d'effet à l'égard do donateur que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié*)—oppõe a esse artigo as disposições dos n. 1121 (*celui qui a fait la stipulation ne peut plus la revoquer, si le tiers a*

(55) Op. cit. n. 94.
(56) Dir. commercial IV, n. 2416.

déclaré vouloir en profiter) e n. 1985 (« *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution que lui a été donnée par le mandataire* »)—, concluindo por adoptar, mesmo perante o direito escripto francez, a sub-escóla da *expedição*, sustentada n'uma dissertação clara e vigorosa.

89. Hespanha.—O codigo commercial hespanhol de 1829 e a jurisprudencia eram unisonamente partidarios do systema da *expedição* ([57]).—O artigo do codigo tem o n. 243.

O codigo de commercio de 1885 (22 de Agosto), um dos melhores codigos commerciaes modernos, parece filiar-se á theoria da *declaração*, sub-escóla da *decisão*, ou *stricto sensu*. Diz o art. 54:

« Los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta ò las condiciones con que ésta fuere modificada ».

O novo codigo civil (14 de Julho de 1889)—no livro 4.º, Das obrigações e dos contractos, tit. 2.º, art. 1262 claramente determina que—a acceitação feita por carta não obriga o pollicitante sinão no momento em que della tem conhecimento:—adopta, pois, sem reticencias e sem ambages a escóla da *informação* ([58]).

90. Inglaterra.—Bem pesando considerações de dominio scientifico e os interesses da sociedade, decide uniformemente o direito inglez, consagrando a theoria da *declaração*. Entre os sub-systemas é preferido aquelle que determina haver acceitação quando o acceitante faz tudo o que delle depende para communicar ao pollicitante a sua resolução: a sub-escóla da *expedição*. Confirma essa opinião, além de outros, os arestos de Adams contra Lindsell (Bamewall e Alderson, Reports in the King's Bench) e de Hausehold Fire Insurance Co. contra Grant. ([59])

91. Italia.—A Italia, justissimamente denominada berço do direito commercial moderno ([60])—quando unificada politicamente, tratou de unificar tambem o seu direito. Calcado

([57]) Viso, Lecciones element. de derecho mercantil, pag. 170.
([58]) E. Bianchi, Studio analytico sul nuovo cod. civ. spagnuolo, 1891.
([59]) Lehr, Elem. de dr. civil anglais, pag. 706.
([60]) Lyon-Caen et Renault, I 54.

sobre o codigo francez de 1808, reproduzindo disposições do cod. Albertino da Sardenha (30 de dezembro 1842)—, influenciado pelo cod. allemão, o *Codice di commercio d'Italia* (promulgado a 23 de Junho de 1865) trata no seu livro 1.º, tit. 5.º, arts. 89 a 94—*dei contratti commerciali in generale*, mas nem de leve refere-se então aos contractos concluidos por correspondencia.

O novo codigo italiano, embora em elaboração desde 1869, só foi promulgado em 31 de outubro de 1882. No livro 1.º (*Del commercio in generale*) tit. 6 (*Delle obligazioni commerciale in generale*) art. 36, corta francamente a questão, esposando os principios da *cognição*. Eil-o em sua integra:

« O contracto bilateral entre ausentes não é perfeito si a acceitação não chega á noticia do proponente no prazo por elle marcado ou no espaço de tempo ordinariamente necessario á troca da proposta e da acceitação, conforme a qualidade do contracto e os usos geraes do commercio. O proponente poderá tambem considerar efficaz uma acceitação retardada, desde que immediatamente o communique ao acceitante. Toda a vez que o pollicitante peça a execução immediata do contracto e uma resposta preventiva de acceitação não seja pedida e que pela especie do contracto não seja necessaria, conforme aos usos geraes do commercio, o contracto é perfeito logo que a outra parte tenha conhecimento de sua execução... Nos contractos unilateraes as promessas são obrigatorias apenas chegam á noticia daquelle a quem são feitas ».

O cod. italiano, pois, consagrando a theoria da *cognição*. dá diversas excepções á lei geral por aquella escóla prescripta. A' mesma theoria parece filiar-se o codigo civil, art. 1057.

92. Portugal.—Preceitúa o codigo de 1830 no art. 252:

« As convenções contrahidas por correspondencia epistolar, serão consideradas concluidas e obrigatorias, desde que aquelle que receber a proposta expedir a carta de resposta acceitando-a pura e simplesmente, sem condição nem reserva ».

O cod. civil de 1869 diz no art. 653:

« O proponente é obrigado a manter a sua proposta *emquanto não receber a resposta* da outra parte nos termos

declarados no art. precedente (652)». Não nos compete procurar aqui si essa disposição invalída o art. 252 do codigo antigo de commercio ([61])—ou si esse artigo continúa vigorando ([62])—apezar de inclinarmo-nos mais á esta ultima opinião. Dizemos *invalída* e *continúa* porque o cod. commercial de 28 de Junho de 1888 nada determina a respeito e não abroga nesta parte a legislação anterior.

93. Rumania.—Substituindo o antigo codigo de 1840, foi promulgado o moderno *codice de commerciu* ([63])—a 16 de Abril de 1887. Trasladação do cod. italiano de 82, no livro 5.º, tit. 5.º, arts. 35 a 38, esse codigo nada mais faz que reproduzir o art. 36 da codificação commercial da Italia. As considerações, pois, feitas em relação a este ultimo, applicam-se inteiramente ao codigo rumano de 1887.

94. Suissa.—A confederação Helvetica conseguio unificar o seu direito positivo das obrigações civis e commerciaes no *Cod. federal suisso das obrigações*, de 14 de Junho de 1881. Este deu força legislativa aos principios da *expedição*, embora restringisse-lhe razoavelmente a sua inteira applicação pratica. Diz o art. 8:

«O contracto formado entre ausentes, opéra os seus effeitos a partir do momento em que a acceitação fôr expedida.»

As restricções são as consignadas no art. 7.º desse cod. e no art. 320 do cod. com. allemão já estudado.

95. Brazil.—O nosso cod. commercial adopta expressamente os conceitos da escóla da *expedição:*

Art. 127. « Os contractos tratados por correspondencia epistolar reputam-se concluidos e obrigatorios, desde que o que receber a proposição expede carta de resposta acceitando o contracto proposto sem condição nem reserva: até este ponto é livre retractar a proposta; salvo si o que a fez se houver compromettido a esperar resposta e a não dispor do objecto do contracto senão depois de regeitada a sua proposição ou até que decorra o prazo determinado. Si a acceitação fôr condicional, tornar-se-ha obrigatoria desde que o primeiro proponente avisar que se conforma com a condição ». Cpr. com o art. 141—mandato.

([61]) Dias Ferreira, codigo civil portuguez annotado II, comment. ao art. 653.
([62]) Forjaz—Annot. ao cod. de com., Introd. pag. LI.
([63]) Traducção de Blumenthal.

96. Republica Argentina.—O codigo commercial buonairense de 6 de outubro de 1859, tornado extensivo á toda a confederação em 10 de setembro de 1872, legisla os principios da theoria da *informação* (art. 204). No mesmo sentido é o projecto para a confecção d'um novo codigo de commercio argentino, art. 108. Esposa a doutrina da *declaração* o cod. civil, art. 1154.

97. A respeito d'uma das consequencias do momento da formação dos contractos por correspondencia, notemos que no Congresso Sul-Americano de Montevideo (1888—1889), decidiram os representantes da Republica Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay e Perú, resolver pelo seguinte modo a questão do conflicto de leis: « A perfeição dos contractos celebrados por correspondencia ou mandatario se rege pela lei do paiz d'onde partio a offerta.»

98. Diz o cod. de commercio da Venezuela de 29 de agosto de 1862:

Art. 99. « Residiendo las partes contratantes in distintos logares, se entenderá celebrado el contrato para todos los efectos legales, en el de la residiencia del que hubiére aceptado la propuesta primitiva ò la propuesta modificada ».

Art. 96. « La propuesta hecha por escrito debe ser desechada ò no dentro de 24 horas, si las partes residieren en la misma plaza: y si en distintas, a vuelta del primer correo que salga despues delas 24 horas de recibida la propuesta. Vencidos estes plazos,—la proposicion se tendrá por non hecha; y se la aceptacion llegar extemporanea à noticia del proponente, este deberá dar aviso al aceptante de la insubsistencia de su proposicion ».

Art. 97. « El proponente puede arrepentirse en al tiempo medio entre el envio de la propuesta e la aceptacion; a menos que al hacerla hubiere prometido esperar contestacion por un plazo determinado ò que la propuesta sea de tal naturaleza que su aceptacion envuelva la ejecucion ». ([64])

99. Chile.—O cod. de 1865 determina as mesmas regras que o cod. da Venezuela, estabelecendo mais que a retractação nunca se presume. ([65])

([64]) L. Sanojo, Esposicion del codigo de comercio, con su texto.
([65]) Hoechster, Sacré et Oudin, Manuel de dr. commercial, pag. 287.

100. Não nos permitte a estreiteza de tempo tratar mais detalhadamente dos contractos por correspondencia no direito positivo. Demais—legislações ha, como a belga, que não cortam a questão,—de maneira que para resolvel-a perante taes legislações serão necessarios outros intuitos que não esta simples resenha de artigos de codificações.

101. Do que ficou expendido nestes dous ultimos capitnlos, apanha-se nitidamente que, quer na legislação, quer na jurisprudencia, as forças das duas grandes escólas estão equilibradas; mas já pesámos tambem os argumentos a favor de uma e de outra, exame todo elle favoravel á theoria da *declaração—expedição.*

Adoptamol-a, pois, certos de que esposamos a causa da justiça e da razão.

APPENDICE

102. Deixando embora de parte a questão de lei e competencia jurisdiccional, questão que mais se prende ao direito internacional privado, daremos idéas geraes sobre a revogação da proposta e da acceitação. E encetando este novo estudo, seja-nos permittido manifestar uma immensa tristeza ao vêr o desprezo que votam a esses e outros interessantes problemas juridicos, os nossos escriptores, occupados em commentarios imprestaveis de leis, codigos desastradamente annotados, traducções estafadas de livros estrangeiros.

103. O direito garante a liberdade de dispor do consentimento, mas vamos saber agora até que ponto. Até quando pois o pollicitante gosa do poder juridico de arrepender-se? Até quando o acceitante póde dispor desse mesmo direito? E' o que procuraremos resolver á luz dos principios já investigados: vamos simplesmente juxtapor ao caso concreto os ensinamentos da theoria. E para isso uma distincção se impõe: ou o pollicitante procura retráctar-se, ou a revogação do consentimento vem do acceitante.

I

104. O pollicitante retira o seu consentimento. Para bem pesarmos as consequencias dessa revogação, vamos encaral-a, segundo chega ella antes, ou ao mesmo tempo, ou depois da acceitação.

105. *A.* Melhor considerando a offerta feita, ou para modifical-a em parte ou para destruil-a *in totum*, o offertante busca um meio para tal, enviando um mensageiro, *nuncius*, uma carta, *epistola*, um telegramma. Esse telegramma, essa

carta, esse mensageiro, chegam ao destinatario anterior ou simultaneamente á pollicitação. Essa retractação produz os seus effeitos juridicos? E' o que vamos saber.

Os doutrinarios da informação respondem unanimes pela affirmativa. Na verdade, para elles o contracto só produz os seus effeitos de direito logo que o proponente tem conhecimento da acceitação de sua proposta: ora, o concurso de vontades não se fórma desde que a carta ou telegramma revogatorios, destruindo a proposta quando anterior a ella, invalidando-a quando simultanea—impede a propria acceitação.

Solução identica fornece-nos o outro capital systema: quer a sub-doutrina da *declaração pura*, quer a da *recepção*, quer a da *expedição*, nenhuma dellas auctorisa differente modo de resolver. Com effeito, para toda e qualquer theoria o contracto só se fórma quando ha acceitação manifestada; e essa manifestação não póde existir desde que a acceitação fôr tolhida em em sua geração por uma annullação anterior ou simultanea á offerta feita.

Esse principio é, pois, liquido em todas as escólas.

106. *B.* A retractação chega depois da acceitação. Difficuldades não pouco escabrosas embaraçam o jurisconsulto na resolução desse problema. Segundo os systemas, oscilla o criterio para cortal-a. Achamos, pois, de bom aviso dividir em dous pontos de vista o modo porque della trataremos.

a) O pollicitante não determinou um praso dentro do qual mantivesse a offerta. Accordam-se as theorias em considerar não formado o contracto, pois não ha então o concurso de vontades (theoria da *informação*) a co-existencia das vontades (theoria da *declaração*)—, uma vez que fallece uma das vontades contractantes.

Levanta-se aqui uma questão interessante e difficil. Formulemos uma hypothese identica á de Serafini. A., de Campinas, offerece a B., commissario em Santos, a compra d'uma partida de café. Arrependendo-se, porém, expede por telegramma uma contra-ordem que chega justamente a B. quando este escrevia a sua acceitação; antes disso, porém, B., certo do negocio, revendeu uma porção desse café com que contava a um outro negociante por preço muito mais elevado que aquelle por que foi-lhe proposta a transacção

que elle julga effectuada. Chegada a retractação, o primeiro contracto não se effectua e o segundo tambem não, por não ter objecto sobre o qual recaia. Será justo que B. soffra sem indemnisação os prejuizos causados por aquella leviana revogação da proposta?

Muitos crêm que será iniquo obrigar o pollicitante a essa indemnização, pois que além de ter causado os prejuizos involuntariamente, elle usou de seu direito—e é aphorismo consagrado—quem usa do seu direito a ninguem prejudica. Em theoria essa opinião é perfeitamente irrefutavel.

Outros, mais pesando considerações da pratica que argumentos de doutrina, entendem que o pollicitante deve compensar o *damnum emergens* e o *lucrum cessans*, originados da sua retractação. Na pratica, essa opinião tem effeitos louvaveis e equitativos.

b) O pollicitante comprometteu-se a manter a offerta durante um certo lapso de tempo.

Esse compromisso póde—ora resultar da lei (cod. fed. suisso, 5,—cod. allemão, 319,—cod. civ. port. 651 e 652) que vem com um praso prevenir os casos omissos,—ora ser estabelecido, pela propria vontade das partes contractantes.

Em taes contractos é preciso então distinguir duas figuras juridicas—um contracto principal e um preliminar, um primario e outro secundario.—O primeiro versa sobre o objecto da obrigação principal; o outro é o contracto de proposição de Rippert constituido pelo compromisso de respeitar a primeira proposta dentro do *tractus temporis* marcado. Ha no primeiro o cunho de bilateral, de synallagmatico, no segundo intervem o caracter de unilateral; um para ser perfeito necessita da conjuncção das duas vontades; para que o outro considere-se acabado—basta que um obrigue-se por elle.

Si o pollicitante assumio o compromisso da espera, não se poderá delle desligar antes que o praso expire, não porque o contracto principal esteja formado, mas porque subsiste ainda o contracto unilateral, secundario, preliminar. Em consequencia ou trate-se d'uma prefixação legislativa, ou d'uma determinação da vontade, vigente o praso—o offertante não se póde retractar,—expirado elle—readquire a liberdade, considera-se não acceita a pollicitação. Si, com-

tudo, na primeira hypothese o pollicitante revogar o seu contracto, responderá por perdas e damnos, pela ruptura do contracto de proposição.

Outra questão connexa se apresenta aqui, referente ao retardamento da correspondencia.

Supponhamos o caso em que uma pessoa envia uma pollicitação á outra, marcando o praso de oito dias para a resposta. Ora—ou a pollicitação é retardada, e só chega ao acceitante 9 dias depois da expedição ou é a carta da acceitação que escripta a tempo, só chega ao pollicitante após expirado o lapso determinado.

Aqui, como nos telegraphos, o Estado não assume a responsabilidade: sobre quem pois voltar os prejuizos?

Os cods. suisso (art. 5) e allemão (art. 319) cortam a difficuldade dando ao pollicitante o encargo de communicar ao outro o retardamento da resposta, sob pena de indemnisal-o dos prejuizos occurrentes. Essa solução parece sã e consentanea com o espirito da doutrina. A jurisprudencia ingleza, em contrario, assim não entende (Lindsell contra Adams) consagrando uma norma pouco equitativa e pouco scientifica.

II

107. A mesma distincção ha pouco feita reproduziremos aqui.

Vamos considerar primeiramente a retractação da acceitação, chegada antes—ou ao mesmo tempo que esta.

108. *A)*—O systema da *informação*, preceituando a perfeição e obrigatoriedade do vinculo contractual no momento em que o pollicitante toma conhecimento da acceitação de sua proposta, por isso mesmo admitte a capacidade juridica da retractação a annullar a resposta dada, desde que chegue aquella antes desta ultima. Ainda não ha concurso de vontades, ainda não ha vinculo: a retractação attinge o seu fim.

O systema da *declaração* não póde corroborar tal solução. E não o póde porque—quer o vinculo se forme do instante da *expedição*, quer elle se engendre quando o acceitante por qualquer maneira manifeste o seu consentimento—a retractação anterior ou simultanea é equiparada á retracta-

ção posterior que como veremos é inefficaz, sem consequencias. Sómente os partidarios da *recepção* admittem em sua doutrina essa possibilidade: com effeito a convenção contractual só se entrelaça então pela chegada material da resposta á casa do pollicitante.

Sectarios, porém, houve da *expedição* que, considerando esse rigor, como *um dos pontos fracos* da theoria da declaração, approximaram-se, nessa questão, aos principios da *recepção*, fundados na auctoridade de Serafini (cit. § 24). Dous codigos mesmo que francamente filiam-se á sub-doutrina da *expedição*—o federal suisso, art. 7, e o allemão, art. 320, excepcionam assim os preceitos geraes da theoria. Girault fundamenta-se n'uma questão de boa fé, pois, diz elle, o pollicitante que recebe a revogação antes ou ao mesmo tempo que a resposta acceitativa, nenhuma decepção soffre: jamais acreditou na existencia do contracto.

Essa opinião que, embora ferindo as normas fundadamentaes da theoria, é de consequencias louvaveis na applicação, não póde ser sustentada no dominio do nosso codigo—em que clara, evidente, terminantemente estabelece-se a sub-doutrina da *expedição* em todo o seu rigor. A modificação proposta deveria, no entretanto, predominar em todos os codigos inspirados por aquella escóla.

109. *B)*—A escóla da expedição, longe de consagrar qualquer temperamento, sabiamente determina a inefficacia d'uma retratação comprehendida na hypothese apontada: e facilmente disso se apprehendem as rasões.—A da declaração, stricto sensu, igualmente resolve por essa maneira: e não differentemente procedem os sectarios da da *recepção*.

Apesar da objecção que Girault formúla contra tal solução e que elle mesmo encarrega-se de destruir ([66]),—perante a escóla da *cognição* uma carta desfazendo a resposta acceitativa desvalorisa-se inteiramente, desde que seja posterior ao consentimento primitivo conhecido do pollicitante.

([66]) Girault, n. 94.